MANUEL

DES

ANTIQUITÉS ROMAINES

XVII

DÉDIÉ

A LA FACULTÉ DE DROIT

DE L'UNIVERSITÉ FRÉDÉRIC-GUILLAUME A BERLIN

PAR

UN DE SES ANCIENS MEMBRES

LE

DROIT PÉNAL ROMAIN

Par Théodore MOMMSEN

I

DÉDIÉ

A LA FACULTÉ DE DROIT

DE L'UNIVERSITÉ FRÉDÉRIC-GUILLAUME A BERLIN

PAR

UN DE SES ANCIENS MEMBRES

LE
DROIT PÉNAL ROMAIN

PAR

THÉODORE MOMMSEN

TRADUIT DE L'ALLEMAND
AVEC L'AUTORISATION DE LA FAMILLE DE L'AUTEUR ET DE L'ÉDITEUR ALLEMAND

PAR

J. DUQUESNE
PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE GRENOBLE

TOME PREMIER





PARIS
ANCIENNE LIBRAIRIE THORIN ET FILS
ALBERT FONTEMOING, ÉDITEUR
LIBRAIRE DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME
DE L'INSTITUT FRANÇAIS D'ARCHÉOLOGIE ORIENTALE DU CAIRE
DU COLLÈGE DE FRANCE ET DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE
4, Rue Le Goff, (V^{e})

1907



MANUEL
DES
ANTIQUITÉS ROMAINES

PAR

THÉODORE MOMMSEN, J. MARQUARDT & P. KRÜGER

TRADUIT DE L'ALLEMAND SOUS LA DIRECTION DE

M. GUSTAVE HUMBERT

Professeur honoraire à la Faculté de Droit de Toulouse, ancien Garde des Sceaux
ancien Vice-Président du Sénat, premier Président de la Cour des Comptes.

TOME DIX-SEPTIÈME

LE DROIT PÉNAL ROMAIN

Par THÉODORE MOMMSEN

TRADUIT DE L'ALLEMAND
AVEC L'AUTORISATION DE LA FAMILLE DE L'AUTEUR ET DE L'ÉDITEUR ALLEMAND

PAR

J. DUQUESNE
Professeur à la Faculté de Droit de Grenoble

TOME PREMIER



PARIS

ANCIENNE LIBRAIRIE THORIN ET FILS

ALBERT FONTEMOING, ÉDITEUR

LIBRAIRE DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME
DE L'INSTITUT FRANÇAIS D'ARCHÉOLOGIE ORIENTALE DU CAIRE
DU COLLÈGE DE FRANCE ET DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE

4, Rue Le Goff, (Ve)

1907

AVERTISSEMENT DU TRADUCTEUR

L'œuvre dont nous offrons aujourd'hui la traduction au public français comble une véritable lacune. Le Droit Pénal Romain n'avait jamais fait l'objet d'un traité d'ensemble comprenant tout à la fois l'organisation des tribunaux répressifs, la procédure criminelle, la théorie des délits et l'étude des peines et embrassant en même temps les délits publics et les délits privés. D'autre part, les traités généraux que nous possédons sur différentes de ces parties, étaient tous anciens et vieillis; les plus récents se plaçaient vers le milieu du XIXe siècle (1). Comme le remarque Mommsen dans sa préface, jurisconsultes, historiens et philologues, sentaient en cette matière le besoin d'une œuvre générale et nouvelle. L'éminent érudit allemand n'hésita pas à partager entre la réalisation de ce travail et l'entreprise non moins considérable d'une nouvelle édition du code Théodosien les dernières années d'une verte vieillesse qu'une production littéraire remarquablement longue et abondante n'avait nullement affaiblie et n'avait au contraire que mieux préparée à l'exécution de ce double projet. Il fallait, en effet, pour

1. Geib, *Geschichte des römischen Criminalprozesses*, 1842; Rein, *Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian*, 1844; Zumpt, *Criminalrecht der römischen Republik*, 2 tomes en 4 vol., 1865-1869; *Criminalrecht der römischen Republik*, 1871.

répondre aux exigences de tous dans le domaine du droit pénal, réunir les connaissances du jurisconsulte, de l'historien et du philologue ; or Mommsen les possédait toutes à un degré rare. Conçu et exécuté par un tel savant, le livre ne pouvait être qu'une œuvre magistrale appelée à une grande renommée et à un long avenir. Les espérances n'ont pas été déçues et tous les juges compétents s'accordent à reconnaître que l'édifice construit est « solide comme le granit (1). »

Rappeler la valeur de cet ouvrage, c'est justifier du même coup le travail que nous avons entrepris. Le Droit Pénal Romain de Mommsen est par excellence l'œuvre à traduire. Il se présente comme un monument scientifique durable, faisant époque dans la littérature juridique. Par suite de la mort de l'auteur, il échappe à tout remaniement ultérieur et la traduction n'est pas exposée à vieillir du fait d'éditions postérieures. Enfin, par son importance, sinon par son caractère, il s'adresse à de nombreux lecteurs qui, malgré le développement des études de langues étrangères, n'ont pas tous une connaissance suffisante de l'allemand pour lire aisément les phrases complexes et abstraites de Mommsen. Ces raisons diverses nous ont paru suffisantes pour nous charger du labeur parfois ingrat d'une traduction. Nous avons eu pour nous soutenir dans l'accomplissement de cette tâche l'exemple de notables devanciers et les encouragements de notre maître, M. P. F. Girard, auquel nous sommes heureux d'adresser ici l'hommage de notre vive gratitude pour sa bienveillante intervention dans les préliminaires de ce travail.

Cette traduction paraît comme appendice au *Manuel*

---

1. Esmein, compte-rendu critique du *Römisches Strafrecht* de Mommsen dans *Nouv. Rev. Hist. de Droit Franç. et Etr.*, 1902, p. 352.

des Antiquités Romaines de Mommsen et de Marquardt, bien que le *Römisches Strafrecht* de Mommsen n'appartienne pas à l'œuvre allemande correspondante. Le manuel français s'est déjà élargi pour recevoir l'*Histoire des Sources du Droit Romain* de P. Krüger ; de bons juges ont estimé opportun d'étendre à nouveau le cadre de l'œuvre française pour y faire rentrer cette traduction. En agissant ainsi, nous n'avons fait que suivre la pensée de Mommsen qui dans sa préface présente son *Droit pénal Romain* comme le complément de son *Droit Public Romain*.

Nous avons pris pour règle de notre traduction les principes adoptés par M. P. F. Girard dans la traduction du *Staatsrecht* et exposés dans l'Avertissement du Traducteur, *Dr. Publ.*, 1², p. XI et sv. Les seules additions que nous ayons faites à l'œuvre allemande ont consisté à renvoyer aux traductions françaises d'ouvrages allemands cités par Mommsen et à mentionner, quand il y avait lieu, en regard des *Fontes Juris* de Bruns les *Textes de Droit Romain* de P. F. Girard. D'ailleurs, de même que Mommsen ne renvoie pas aux *Fontes Juris* pour tous les textes qui y sont contenus et qu'il cite, nous n'avons pas mentionné à toute occasion les *Textes* de P. F. Girard, supposant le lecteur français assez familiarisé avec ce dernier livre pour savoir quels textes y sont réunis. Toutes ces additions sont distinguées du texte original par des [ ]. Nous n'avons pas hésité à employer dans ce but un signe qui est également utilisé par Mommsen, suivant l'usage courant, pour désigner les reconstitutions conjecturales de textes. La diversité de signification de ce signe résulte sans difficulté des mots qu'il encadre ; employé dans les citations de textes, il signale une restitution conjecturale ; lorsqu'il entoure une citation d'ouvrages français, il indique une addition personnelle du traducteur.

Les corrections mentionnées par Mommsen, p. XXIV, ont été faites directement dans la traduction. A quelques rares endroits nous avons opéré des rectifications personnelles ; nous ne l'avons fait qu'autant que nous étions en présence d'erreurs matérielles incontestables.

Nous n'avons pas cru devoir mettre en tête du Tome I de cette traduction une liste des ouvrages cités en abrégé. Les abréviations que nous avons employées sont tellement courantes qu'elles seront aisément comprises du lecteur ; toutes les fois qu'une hésitation eût été possible, nous avons complété la citation de Mommsen de manière à la rendre reconnaissable pour le public français. Signalons seulement les quatre abréviations suivantes de Mommsen que nous avons adoptées :

Gaius = *Gaii Institutiones* ;
Lex repetundarum = *Lex Acilia repetundarum ;*
Paul = *Pauli sententiae ad filium ;*
Ulpien = *Ulpiani Regulae.*

A l'exemple d'autres traducteurs du *Manuel des Antiquités Romaines,* nous avons, pour faciliter les recherches en cas de renvoi à l'ouvrage allemand, mis les numéros des pages du texte allemand en regard des passages correspondants de la traduction.

Nous ne voulons pas terminer cette introduction sans adresser à la famille de l'auteur et aux éditeurs allemands, MM. Duncker et Humblot de Leipzig, nos sincères remerciements pour l'autorisation donnée à cette traduction.

Grenoble, 1er Juin 1906.

PRÉFACE

Jurisconsultes, historiens et philologues s'accordent à reconnaître que la science manque d'un ouvrage sur le droit pénal romain. Puisse le présent livre combler la lacune souvent ressentie, c'est mon vœu et dans une certaine mesure, mon espérance.

Si les tentatives faites jusqu'ici dans cette voie n'ont pas conduit tout à fait au résultat désiré, cela tient en partie à ce que pour des causes plus ou moins accidentelles on ne s'était pas assigné un but exact et à ce que les conditions préalables nécessaires pour atteindre ce but n'étaient pas réunies.

Lorsqu'un auteur embrasse dans son plan le droit pénal du Saint Empire Romain, la Caroline et toute l'évolution juridique qui s'est greffée sur ce texte, on ne peut pas prétendre qu'un tel travail soit un exposé du droit des Romains.

Mais, même en se limitant à l'histoire romaine, il est nécessaire pour faire œuvre scientifique non seulement de comprendre dans son plan la théorie des délits d'après le droit privé, mais encore et avant tout d'embrasser simultanément le droit pénal et la procédure pénale. Que la séparation du droit civil romain et de la procédure civile romaine ait été profitable à ces disciplines, c'est là une question que l'on peut laisser en suspens; il est, au contraire, certain que le droit pénal sans la procédure pénale est comme un manche de couteau sans lame et la procédure pénale sans le droit pénal comme une lame de couteau sans manche.

Il faut ajouter que le droit pénal occupe une place intermédiaire entre le droit et l'histoire. Dans les travaux qui ont été faits sur cette branche du droit, mal en a pris à plus d'un philologue de ne pas s'être occupé de droit et à plus d'un jurisconsulte de ne pas s'être attaché à la philologie, ne fût-ce que dans la mesure où cela était indispensable. Le droit criminel romain est une partie de la science du droit romain; mais aucune ne peut se passer moins qu'elle des recherches d'archéologie. Je n'aurais jamais osé entreprendre la tâche actuelle, si je n'avais pas pu m'appuyer sur mon
(VIII) *Droit Public Romain* et je puis présenter mon nouveau travail comme un complément de cette œuvre, quoiqu'il s'en sépare par la méthode et qu'il ne se poursuive pas seulement jusqu'à Dioclétien, mais même jusqu'à Justinien.

A vrai dire, quand on embrasse tout à la fois le droit pénal et la procédure pénale, l'étendue de la tâ-

che augmente dans une mesure inquiétante et le fait que nous sommes en état de suivre le développement du droit romain jusqu'à un certain point pendant un millier d'années nous prépare, tant dans les recherches que dans l'exposé, des obstacles difficiles à surmonter. En présence d'un tel état de choses, je me suis vu dans la nécessité non seulement de négliger beaucoup de détails de la dernière période tels que nous les offrent notamment les recueils de constitutions, mais encore partout où cela était quelque peu possible, de présenter brièvement ce que j'avais à dire. Les discussions casuistiques, telles que nos sources juridiques en contiennent notamment pour les délits privés et l'adultère, n'ont pas été reproduites. Un assez grand nombre de questions plus générales, comme celles du *dolus* et de la *culpa*, appartiennent à l'ensemble du droit et ne pouvaient être traitées ici que dans les bornes étroites du droit pénal. Le jurisconsulte regrettera fréquemment l'omission de telle question juridique et l'historien de tel point d'histoire ; mais peut-être l'un et l'autre trouveront-ils ici ce qu'il ont besoin de connaître en dehors de leur domaine propre. En outre, je me suis efforcé de donner autant que possible aux citations de textes la part qui leur est due ; mais je n'ai pas pu faire la même chose pour la littérature moderne. La nécessité est une excuse qui fait loi. Sans doute, la forme de la polémique eût écarté du livre maint défaut, l'eût exempté de plus d'une lacune et l'eût en général fait paraître beaucoup plus satisfaisant dans les détails. Mais d'abord il aurait dû avoir au moins le double d'étendue, tandis que ses

dimensions actuelles déplairont déjà autant au lecteur qu'elles déplaisent à l'auteur. Et surtout, il n'eût certainement pas été fini. La vie de l'homme comme toute chose n'a qu'un temps. Il est permis à l'écrivain de tenir compte du petit nombre de jours qui peuvent lui être departis

MM. Charles Binding, Otto Hirschfeld et Ernest v. Simson ont droit à mes remerciments pour la révision des épreuves, le dernier, en outre pour la confection des tables. Si les négligences ne manquent pas, ils m'en ont du moins évité beaucoup.

Charlottenbourg, 29 août 1898.

DROIT PÉNAL ROMAIN

LIVRE PREMIER

ESSENCE ET LIMITES DU DROIT PÉNAL

SECTION I

SITUATION DE LA PEINE DANS L'ENSEMBLE DU DROIT

Dans ce livre doivent être exposés le droit pénal et la procédure pénale de la communauté romaine depuis les débuts de celle-ci jusque dans la législation de Justinien. (3) Notion du Droit Pénal.

La science du droit romain divise l'ensemble des règles juridiques en deux parties : l'une, le droit public, embrasse l'organisation interne de la communauté, de ses rapports avec les dieux, avec les autres États et avec ses sujets, ses règles sont une création de la communauté ; l'autre, le droit privé, comprend l'organisation de la condition juridique des membres de la communauté pris individuellement et de leurs rapports entre eux, la communauté trouve cette organisation existante et la réglemente (1). La pensée romaine se manifeste d'une manière uniforme dans les deux parties de la science du droit ; des expressions comme *jus* pour la règle de droit, *judi-*

(1) Pour la distinction entre le *jus publicum* et le *jus privatum*, v. *Staatsrecht*. 1, 1. [*Droit Public. Rom.*, tr. P. F. Girard, 1, 1].

cium pour la condamnation (1), (*ab*)*solvere* pour l'acquittement (2) sont communes aux deux parties.

Fondement moral.

Le droit pénal repose sur la notion morale de devoir dans la mesure où l'État s'est chargé d'en assurer la réalisation. Un devoir moral, dont l'État prescrit l'observation, est une
(4) loi pénale; la violation d'une prescription de ce genre est le délit, le mal que l'État inflige à celui qui a enfreint sa prescription est la peine. On considère que la peine fait disparaître le délit et rétablit l'ordre public. La conception d'après laquelle la peine efface la faute se rencontre à peine dans le droit pénal développé (3), elle domine tout à fait les débuts du droit pénal public et du droit pénal privé : lorsqu'il n'y avait pas d'autre peine publique pour les vivants que la mort (4) et que toute exécution était un sacrifice d'expiation à la divinité offensée, lorsque le droit pénal privé se réduisait à la double pensée des représailles (*talio*) et de la composition (*damnum, poena*), la conception du délit et de la peine comme un compte et un décompte, comme l'extinction de la faute par la souffrance, était une puissante réalité. — Le droit pénal embrasse en un seul tout les obligations morales de l'homme tant au regard de l'État auquel il appartient qu'au regard des autres

---

(1) *Judicare* (par ex. *judicare perduellionem* dans le formulaire du procès d'Horace) signifie condamner ; de là vient qu'il est employé parallèlement à *multam inrogare*. *Damnare*, faire donner, est dans son acception originaire inconnue de la procédure pénale publique.

(2) L'action publique a vraisemblablement pour point de départ l'emprisonnement de l'accusé et, dans l'action privée, l'acquittement fait cesser l'emprisonnement ou assure du moins la liberté. Cpr. Livre 2, Sect. 13.

(3) Des remarques comme celles des *Dig.*, 48, 19, 33 : *temporaria coercitio quae descendit ex sententia poenae est abolitio* et des *Dig.*, 47, 10, 17, 6 : *qui accepit satisfactionem, injuriam suam remisit* n'ont presque rien de commun avec la conception fondamentale du début. On ne peut d'ailleurs pas s'attendre à trouver cette conception exprimée dans nos sources juridiques. L'idée superficielle que la peine a été introduite pour l'amélioration du coupable est invoquée pour établir que la mort du délinquant supprime le châtiment (Paul, *Dig.*, 48, 19, 20). Quant aux nombreuses preuves à l'appui de la théorie de l'intimidation, il y a d'autant moins d'intérêt à les produire que cette théorie a à toute époque une valeur secondaire incontestée.

(4) L'exécration prononcée contre la mémoire d'un défunt est également une peine.

hommes. Cette unité n'est pas connue et ne peut être connue de la science romaine du droit; la procédure pénale devant les magistrats et les comices appartient au droit public, la procédure délictuelle devant les jurés rentre dans le droit privé (1). On ne peut cependant pas renoncer à embrasser le droit pénal dans son ensemble. La violation de la loi morale et la répression que celle-ci réclame de la part de l'État sont des notions fondamentales qui unissent intimement les deux do- (5)
maines du droit pénal. En outre, la question de savoir si la répression a lieu dans un procès public ou dans un procès privé apparaît comme purement externe et accidentelle. De même, il est impossible de faire dépendre l'exposé scientifique de la théorie du vol du point de savoir si celui-ci se présente comme un péculat ou comme un *furtum* et s'il conduit plus tard à l'action civile de délit ou à la *cognitio* du magistrat. C'est ainsi également qu'en matière d'injure on ne peut distinguer, suivant que l'affaire est portée devant les comices, devant le grand jury ou devant le jury de droit privé.

Unité.

Malgré la séparation des deux espèces de procédure, les théoriciens du droit romain ont de tout temps opposé, comme communes aux deux domaines et se complétant réciproquement, les règles juridiques non délictuelles et les notions fondamentales de crime et de peine. C'est ce que montrent non seulement l'exposé des différents délits qui ne se présentent à nous sous une forme vivante et complète qu'autant qu'on a brisé toute barrière entre le droit public et le droit privé, mais encore cette légende remarquable, datant vraisembla-

---

(1) Le caractère disparate de ces deux domaines, étant donné que la formation du droit et la science juridique s'appuient généralement sur les différentes compétences des magistrats, (*St. R.*, 1, 2 [*Dr. publ.* 1, 3]) se manifeste surtout dans ce fait que le droit pénal privé était placé depuis les premiers temps de la République avec le reste du droit privé sous la direction du préteur urbain, tandis que celui-ci n'avait absolument aucune compétence dans les actions pénales publiques dont la connaissance était attribuée aux magistrats les plus divers. Si l'unité dans l'administration de la justice, telle qu'elle existait à l'époque de la loi des XII Tables, n'avait pas disparu quatre-vingts ans plus tard, le développement de la science du droit eût été tout autre.

blement de la dernière époque de la République, d'après laquelle les deux domaines auraient été jadis réunis jusqu'à l'établissement des jurys romains sous le roi Servius Tullius (1).

(6) Étendue. Sont en dehors de l'exposé que nous entreprenons ici : le droit public, le droit sacré, le droit du patrimoine de la communauté ou, d'après la désignation usitée au Bas-Empire, le droit fiscal, enfin tout le droit privé, c'est-à-dire la liberté et l'esclavage, le mariage et la *domus*, le mien et le tien, à l'exception des créances du particulier lésé qui reposent sur une faute morale. Sans doute cette délimitation du droit pénal, surtout dans un domaine qui n'est pas défini par tradition scientifique mais par une abstraction de la science, n'est pas réalisable sans certains empiétements. Le droit public, en particulier la division des magistratures, est la base préalable

---

(1) Après que, nous rapporte Denys (principalement 4, 25), les anciens rois eurent administré seuls la justice, le roi Servius se réserva pour lui-même la connaissance des actions pénales publiques (τά εἰς τὰ κοινὰ φεροντα — ou δημόσια — ἀδικήματα), mais renvoya à des jurés les actions pénales privées (τὰ ἰδιωτικὰ ἀδικήματα) et les actions à raison de contrats, en même temps qu'il faisait confirmer par le peuple et exposer publiquement cinquante lois sur les délits et les contrats (νόμους τούς τε συναλλακτικοὺς καὶ τοὺς περὶ ἀδικημάτων. Denys, 4, 13 ; cpr. 4, 9, 9 et c. 36, 3), dont les unes avaient déjà été faites par les anciens rois et les autres étaient nouvelles (Denys, 4, 10). Supprimées et détruites par le successeur de Servius, Tarquin le Superbe, (Denys 4, 43), ces lois furent rétablies après la chute de la Royauté. Tacite connait ce récit (*Ann.*, 3, 26 : *praecipuus Tullius sanctor legum quis etiam reges obtemperarent*, précisément comme Denys 4, 36) et de même Cicéron dit pour l'époque royale dans le *De re p.*, 5, 2, 3 : *nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur judiciis regiis.* Dans ce tableau, tracé vraisemblablement à la fin de la République et représentant cet État idéal dans lequel on abolit aussi la servitude pour dettes (Denys 4, 9) et on assura le bonheur du peuple, se dégagent nettement la vieille procédure pénale de l'époque royale, fondement de la procédure devant les magistrats et les comices, et le procès privé devant les jurés, de même qu'on voit aussi très nettement réunies dans l'ἀδίκημα, en latin dans l'*injuria*, la première procédure et la partie délictuelle de la seconde. — C'est un peu de la même façon que Dion Cassius (52, 7), dans sa description idéale du régime monarchique postérieurement à son rétablissement, fait juger par des jurés de même rang les torts privés (ἄν τ' ἰδίᾳ τις ἀδικεῖν λάβῃ) et les torts publics (ἄν δημοσίᾳ) commis par un citoyen, réunissant ainsi les *delicta privata* et les *judicia publica* de l'époque postérieure. — On ne trouve rien de semblable dans les écrits juridiques.

du droit pénal public et du droit pénal privé et il faut souvent faire des incursions dans son domaine sous la forme d'un renvoi ou d'une explication détaillée. Le droit sacré comprend originairement comme partie intégrante le droit pénal public dans la mesure où celui-ci, comme cela est indiqué dans la Sect. I du Livre V, aboutit à une purification de la communauté; la procédure criminelle s'est d'ailleurs dégagée de bonne heure de cette conception. Si les impôts et les droits de douane, rentrant dans le patrimoine de la communauté, n'intéressent pas en eux-mêmes le droit pénal, il faut cependant accorder, comme cela est exposé dans la Section du Livre V relative aux amendes, qu'il n'y a pas entre l'amende légale et les impôts de différence interne et que la limite de procédure tracée à cet égard est tout à fait arbitraire. Enfin, au point de vue de la créance du droit privé, l'opposition entre le débiteur d'une somme d'argent et le voleur est fondée sur un rapport naturel; mais on ne peut aboutir à une délimitation nette des deux domaines qu'à l'aide du droit positif, notamment par l'application de la règle d'après laquelle il n'y a que l'obligation non délictuelle qui passe aux héritiers; cette limite est tracée avec une précision suffisante et a pu être mise à la base de notre exposé sans difficulté grave (1). A vrai dire, dans la procédure pénale, où les créances de droit privé ne se séparent pas essentiellement suivant qu'elles sont délictuelles ou non, la procédure de l'action privée ne pouvait faire l'objet que d'un exposé très bref.

Notre exposé du droit pénal est divisé en cinq livres : le premier traite de l'essence et des limites du droit pénal; le second, des autorités répressives; le troisième, de la procédure pénale; le quatrième, des différents délits; le cinquième, des différentes peines. On a complètement écarté le procédé dangereux de la division par périodes; chaque section embrasse (7) Division.

(1) L'*actio de rationibus distrahendis* en matière de tutelle appartient sans doute au droit pénal privé (*Dig.*, 27, 3, 1, 23), mais n'est mentionnée qu'incidemment à propos du *furtum*, parce qu'elle ne peut être exposée que dans la théorie de la tutelle.

toute l'histoire de son sujet. La séparation des règles juridiques et de leur application, ou, suivant la formule habituelle, du droit et de la procédure, en général regrettable au point de vue scientifique, ne convient nullement au droit criminel, et est, au moins en partie, responsable de la faiblesse de la littérature juridique en cette matière. Sans doute, cette insuffisance que tout juriste ressentira dans l'étude du droit pénal romain tient en partie à ce droit lui-même. La fermeté des notions fondamentales au point de vue de la forme et du fond, qui distingue le droit privé romain, ne se rencontre que dans une faible mesure pour la partie de beaucoup la plus importante du droit pénal, pour celle qui appartient au droit public. C'est ainsi notamment que le plus ancien et de tout temps le plus important délit, le crime d'État, a toujours conservé à proprement parler deux caractères empruntés à la procédure des comices et des magistrats d'où il est issu : l'absence de délimitation et l'arbitraire dans la fixation du taux de la peine. Toutefois le droit pénal romain n'est pas seulement un complément nécessaire du droit public romain, sa connaissance est également indispensable pour une intelligence complète du droit privé romain.

Terminologie. Nous pouvons grouper ici tout ce qu'il y a à dire au point de vue de la terminologie sur les notions fondamentales de délit et de peine. L'abîme existant entre les deux domaines du droit pénal, celui du droit public et celui du droit privé, qui non seulement se rencontre dès le début, mais qu'on n'est jamais parvenu à combler et que nous ne devons ni négliger ni dissimuler, se révèle clairement dans un fait particulièrement sensible dans l'ancien droit et qu'il importe de relever ici : dans le défaut non pas de notions générales, mais de termes généraux pour les exprimer.

Noxa. Il y a sans doute pour le délit une vieille désignation, courante dans les deux domaines du droit public et du droit privé

et qui n'est liée à aucun délit, c'est celle de *noxa* ou *noxia*. La première est la plus ancienne (1), l'autre la plus fréquente (2); toutes deux sont identiques quant à leur valeur (3). Elles signi- (8)
fient, d'après leur étymologie transparente comme d'après le langage courant (4), la lésion et sont ainsi propres à embrasser les délits des deux domaines comme lésion ou de l'État ou des particuliers. Mais dans le langage technique (5), on n'applique ce mot au délit qu'autant qu'il s'agit de rendre non pas le délinquant, mais un tiers responsable du délit, et que si ce dernier, pour échapper à cette responsabilité, ou bien répare le dommage — *noxam sarcire* (6) — ou bien donne l'auteur du dommage en propre à la victime — *noxae* (= *ob noxam*) *dare* (7). Cela a lieu soit dans les crimes internationaux, lorsque l'État livre le citoyen coupable au peuple lésé (8), soit dans les délits privés (9), où du reste le langage courant se sert surtout

(1) Cette forme est constante dans la formule *noxae dare*.

(2) *Noxia* domine déjà dans Plaute et Térence. Dans les inscriptions, loi Rubria, 2, 33 : *obligatum se ejus rei noxsiaeve esse.*

(3) Sulpicius Rufus dans son commentaire de la loi des XII Tables (Festus, p. 174, auquel se rattachent les *scolies* sur l'*Aen.* de Virgile 1, 41 et Isidore, *Diff.* 154) définit *noxia* par *damnum*, *noxa* par *peccatum aut pro peccato poena*. Un autre grammairien (*Scolies* sur Virgile, *loc. cit.*,) explique : *quidam noxa quae nocuit, noxia id quod nocitum accipiunt;* de même, *Inst.*, 4, 8, 1 : *noxa est corpus quod nocuit, noxia ipsum maleficium, velut furtum damnum rapina injuria.* Ces subtilités grammaticales surprenantes et qui ne correspondent aucunement au langage courant font seulement ressortir que les deux formes se trouvaient déjà dans les XII Tables.

(4) La parenté avec *nocere* est évidente; pour la formation du mot il y a peut-être lieu d'en rapprocher *causa* et *cavere*. Si le mot, comme on le pense, est parent avec *necare*, cette parenté n'est plus sensible et n'apparaît pas dans le langage courant.

(5) L'usage plus étendu, dont Sulpicius tient aussi compte (*loc. cit.* : *noxia apud poetas et oratores ponitur pro culpa*), n'est pas à considérer ici.

(6) XII Tables, 8, 9. 13. 12, 3, Schœll [Girard, *Textes* [3], 9, 10, 14. 12. 2.], de même 8, 8, [Girard, *Textes* [3] 8, 9] : *noxiam duplionemve decerni*, c'est-à-dire condamner à la livraison du coupable ou au paiement du double du dommage. On n'a nul besoin d'autres preuves.

(7) XII Tables, 8, 5 [Girard, 8, 6] *noxae dedere*, ce que Sulpicius, *loc. cit*, explique par *pro peccato dedi*. Ulpien, *Dig.*, 9, 1, 1, 11 : *in noxam dedere*.

(8) Dans l'ancienne formule féciale, mentionnée par Tite-Live, 9, 10, 9, à propos de l'extradition de ceux qui ont commis des crimes contre d'autres nations, parce qu'ils *noxam nocuerunt*.

(9) *Dig.*, 21, 1, 17, 18 : *noxas accipere debemus privatas, hoc est eas [quaecumque committuntur ex delictis, non publicis criminibus* est bien l'addition

de ce mot pour les dommages causés à des choses par les hommes, tandis qu'il l'emploie de moins en moins pour les dommages causés aux choses par des animaux ainsi que pour
(9) le vol (1). Le délit, en tant qu'il donne lieu à une poursuite contre le coupable personnellement, n'est pas une *noxa;* le crime d'État et le meurtre ne tombent ainsi jamais sous cette notion (2). *Noxius* n'est pas celui qui a commis un délit, mais celui qui à cause d'un délit qu'il a commis a fait l'objet d'une livraison de ce genre (3). La sentence pénale ne condamne pas à l'abandon pour cause de *noxa,* mais cette tradition est un expédient qui, en droit public, soustrait la communauté à la punition des dieux qu'elle a méritée, et qui, en droit privé, fait échapper l'accusé à la condamnation à laquelle il est régulièrement exposé par le délit d'un individu sous sa puissance.

Pour désigner le délit, il n'y a à retenir, si l'on fait abstraction des termes étrangers à la langue juridique (4), que deux

---

d'un jurisconsulte postérieur] *ex quibus agitur judiciis noxalibus... ex privatis autem noxiis oritur damnum pecuniarium, si quis forte noxae dedere noluerit, sed litis aestimationem sufferre.* En ce sens, Gaius dit dans son commentaire de la loi des XII Tables (*Dig.*, 50, 16, 238, 3) : *noxiae appellatione omne delictum continetur.* Les explications de la n. 2, l'assimilation de *noxa* et de *damnum* et l'emploi de *noxa* pour tous les délits privés qui conduisent à un abandon de l'auteur du délit tendent au même résultat.

(1) XII Tables, 12, 3 [Girard, 12, 2 a.] : *si servus furtum faxit noxiamque noxit* et la clause contractuelle *furto noxaque solutus* (*Dig.*, 50, 16, 174 et ailleurs) à côté de la formule (*Dig.*, 7, 4, 2, 1) : *si servus furtum fecit vel aliam noxam commisit.* Le dommage causé par des animaux s'appelle ordinairement *pauperies,* mais aussi *noxia* (XII Tables, 8, 5. [Girard, 8, 6]).

(2) Le droit pénal public ne connait pas de *noxa* (p. 7. n. 9) : *capitalis noxa* chez Tite-Live, 3, 55, 5 et autres expressions semblables appartiennent à une terminologie vague du langage postérieur (p. 7. n. 5.)

(3) Le *noxius* est surtout l'esclave livré à la peine de mort conditionnelle de l'arène. (Suétone, *Vit.*, 17 ; *C. I. L.*, IX, 3437).

(4) A cette catégorie appartiennent les expressions du droit sacré ou de la morale : *scelus, nefas, probrum, flagitium, peccatum, maleficium, facinus* (forfait et haut fait), de même que les expressions souvent appliquées au délit en cas de violation d'une loi : *offensa, commissum, admissum.* Plusieurs d'entre elles prennent un sens spécial pour désigner certains délits ; dans leur acception générale, elles n'appartiennent pas à la science du droit. —

expressions qui puissent dans une certaine mesure prétendre avoir une valeur technique (1) et qui en même temps soient d'une application générale : ce sont *crimen* et *delictum*.

Crimen vient de κρίνειν, *cernere*, c'est-à-dire cribler et sépa- Crimen.
rer, comme *cribrum* : le crible, et désigne l'objet à cribler, comme *semen* désigne ce qui est à semer. Le tort, abstraction faite de sa poursuite judiciaire, ne s'appelle pas plus *crimen* que l'action judiciaire, abstraction faite du tort. L'application naturelle de ce mot à l'administration de la justice est com-
mune à la langue latine et à sa langue sœur. Ici *crimen* de- (10)
vient l'inculpation à raison d'un tort (2), un terme procédural, le fait soumis à la décision du juge. D'après cette dérivation philologiquement établie, comme d'après l'usage tant des termes grecs parents que des autres expressions latines appartenant à la même racine (3), on ne peut guère douter que *crimen*, comme *judicium* et *legis actio* (4) et en principe comme tous les termes généraux topiques du droit, a ordinairement embrassé au début tout le domaine juridique et a désigné toute espèce d'action. Mais à l'usage le mot prit une certaine teinte

---

Si d'après Aulu-Gelle (7. 14. 4), *veteres nostri exempla pro maximis gravissimisque poenis dicebant*, cela est probablement déduit sans raison de l'*exemplum statuere* au sens que cette expression a en matière pénale (ex : *Rhet. ad Her.*, 4, 35, 47). — *Injuria* désigne le tort d'une manière abstraite ou le délit spécial, jamais le délit d'une manière abstraite (cpr. p. 4. n, 1). — Sur *dolus* et *fraus* cpr. Sect. VII de ce Livre.

(1) Ces expressions elles-mêmes ne sont sans doute pas des termes de formule au sens strict du mot.

(2) Par ex., Plaute, *Bacch.*, 4, 3, 15 = 628 : *crimini habuisse fidem* ; Térence, *Hec.*, 5, 2, 13 = 779 : *crimini credere*. 3, 1, 35 = 335 : *in crimen venire*. On en trouve d'autres preuves partout. Le mot *crimen* n'est pas employé à la bonne époque pour le délit lui-même, sauf peut-être à titre de zeugme comme dans Cicéron, *Pro Caelio*, 10, 23. Cela a lieu au contraire fréquemment dans le latin de la décadence et c'est ainsi que la science du droit plus récente a désigné le droit pénal d'après ce mot.

(3) Qu'on compare avec *crimen*, d'une part κριτής, κρίσις, d'autre part *cernere*, *decernere*, *certus*, surtout *discrimen*.

(4) *Lege agere* se dit aussi plus tard tant de l'exercice d'une action devant le préteur que de l'exécution capitale ; d'après les usages originaires du langage, tout acte de procédure formel était sans doute désigné par cette expression.

morale, ce ne fut plus l'accusation à raison d'un tort, mais l'accusation à raison d'un délit. Le mot *crimen* n'est plus jamais employé pour les actions d'un caractère purement patrimonial, mais son emploi est limité à la matière des délits et il y sert à désigner les délits privés comme aussi, et même beaucoup plus souvent, les délits publics (1). La science du droit de l'époque impériale, comme celle de nos jours, se sert de cette expression dans ce sens large, quoique le synonyme *delictum*, dont il va être fait immédiatement mention, soit déjà apparu plus tôt dans le langage scientifique.

(11) *Delictum.* Le rôle que *crimen* a joué tard et imparfaitement fut rempli plus tôt et mieux par *delictum*. Ce mot, à proprement parler le dévoiement, le manquement (2), fait ressortir le fondement moral commun à tous les délits sans se rapporter à aucun spécialement et est déjà fréquemment employé dans son acception morale chez Plaute (3). C'est pour cela qu'il est particu-

---

(1) Le mot est employé à propos du vol par Gaius, 3, 197. 208. 4, 178, à propos du dommage causé à la chose d'autrui par Paul, *Dig.*, 9, 2, 30, 3; c'est principalement la désuétude progressive des délits privés qui est en principe cause que le mot *crimen* apparaît surtout pour les délits publics. Sans doute l'expression *crimen privatum* est au moins peu fréquente (Ulpien, *Dig.*, 48, 19, 1, 3 : *in legibus publicorum judiciorum privatorumve criminum* n'a pas besoin d'être interpolé ; de même dans Paul, 1, 5, 2 = *Dig.*, 48, 16, 3, la dernière formule : *et in privatis et in extraordinariis criminibus* est vraisemblablement la forme pure tandis que la première : *in privatis et in publicis judiciis* est interpolée ; Zénon, *Cod.*, 3, 24, 3, *pr.* : *crimen publicum privatumve*) ; c'est pourquoi *crimen publicum* ne devient habituel comme tautologie que dans la langue juridique plus récente (Ulpien, *Dig.*, 3, 6, 1, 1 à cause de *judicium* qui précède ; 21, 1, 17, 18 — Alexandre Sévère, *Cod.*, 9, 1, 3 — Gordien, *Cod.*, 9, 6, 5, tit. 34, 3 — Dioclétien, *Cod.*, 2, 4, 18. 3, 41, 4, 1. 9, 2, 9. 14 ; *crimen publicorum judiciorum* : *Cod.*, 9, 1, 12. tit. 41. 8, 1). — L'adjectif *criminalis* apparaît depuis Dioclétien (*Cod.*, 9, 1, 17. tit. 41, 15).

(2) Le sens fondamental du mot ressort de la manière la plus claire dans le *deliquium solis* (Festus, p. 73, où l'assimilation avec *praetermittere* n'est pas tout à fait exacte ; Servius sur l'*Aen.*, 4, 390), traduction d'ἔκλειψις.

(3) Plaute, *Amph.*, 2, 2, 184 = 816 à propos de l'adultère; *Capt.*, 3, 4, 93 = 626 : *parentum et libertatis deliquio* (Nom.) = privation de la liberté à titre de peine ; *Bacch.*, 3, 3, 14 = 418 ; *Epid.*, 3, 1, 9 = 391 ; *Men.* 5, 2, 30 = 770. De même dans la formule de Tite-Live, 1, 33 : *quod... adversus populum Romanum... fecerunt deliquerunt.* Le divorce coupable s'appelle *de-*

lièrement apte à désigner en droit pénal (1) le délit comme tel. De même, le langage courant se sert de ce terme sans distinction pour les délits publics et pour les délits privés et ne l'emploie pas pour les faits fondant un recours judiciaire qui ne tend pas à une punition. Cette expression ne contient aucune figure de rhétorique (2) et pour cette raison convient parfaitement à la langue scientifique. Mais suivant toute apparence elle n'a pas été introduite de bonne heure dans la science du droit elle-même et n'y a acquis sa portée générale que dans la dernière période. Depuis que les actions pénales ont fait dans le système du droit civil l'objet d'un groupement, ce qui n'a eu lieu qu'au début de l'Empire, on semble s'être servi pour les désigner de ce terme générique (3) et l'expression générique de *delicta privata* en est résultée d'elle-même (4). La classification extérieure de ces actions pénales avec les actions publiques ne se rencontre pas encore dans le Code de Justinien, elle n'apparaît pour la première fois que dans les *Digesta* de cet empereur (5). Mais l'emploi du mot prouve déjà que l'unité du droit pénal a été ressentie longtemps avant que cette union extérieure s'ac- (12)
complit. Il reste toujours comme fait caractéristique que le terme scientifique topique pour le délit lui-même ne s'est fait jour qu'à une époque tardive et difficilement.

---

lictum non modicum (*Dig.*, 4, 4, 9, 3 ; *cpr. Cod.*, 2, 34, 2). Le participe pris substantivement est à vrai dire une formation relativement tardive.

(1) Les preuves données jusqu'ici montrent que la notion fondamentale de *delictum* s'attache au caractère répréhensible du fait au point de vue moral et non pas à son caractère punissable au point de vue du droit.

(2) Par là se séparent les mots *delictum* et *maleficium* qui par ailleurs sont en substance synonymes ; la *Rhet.* à Herennius et Cicéron emploient le dernier de préférence et se servent relativement peu et sans insistance du premier.

(3) Gaius, 3, 182 : *transeamus ad obligationes quae ex delicto nascuntur.* Le reste dans l'introduction du Livre IV.

(4) Zénon, *Cod.*, 9, 35, 11 : *injuriarum actio, quae inter privata delicta veteris juris auctores connumerant.*

(5) Le livre 47 des *Dig.* débute par la rubrique *de privatis delictis* qui nous apparait pour la première fois à cet endroit, et dans sa préface (= C. 1, 17, 2, 8) Justinien désigne les livres 47 et 48 comme composés *pro delictis privatis et extraordinariis nec non publicis criminibus.* Cpr. l'introduction du Livre IV.

L'idée corrélative du délit est celle de son expiation, et en tant que l'État ordonne celle-ci et en assure l'application, la peine. Mais cette notion elle-même n'a acquis que peu à peu une valeur générale et n'a obtenu que récemment et par une dérivation très surprenante un terme général qui la désigne. Les différents degrés de la peine que nous avons à considérer ici ne peuvent être exposés en détail qu'en partie dans ce livre à propos du droit de correction domestique, en partie dans le Livre IV à propos du vol, en partie dans le Livre V à propos de l'exposé de la peine de mort et de l'amende. Ici nous n'embrassons que les faits essentiels et spécialement décisifs pour la terminologie.

L'idée d'État implique la possibilité d'un dommage causé à celui-ci par le fait d'un membre de la communauté, et par suite la nécessité de la réparation de ce dommage vis-à-vis de l'État. La langue romaine ne possède pas d'expression générale pour désigner cette notion. L'exécution capitale du coupable, le mot *supplicium* peut sans doute être considéré comme tel pour l'époque primitive, étant donné que la plus ancienne procédure, celle devant les magistrats et les comices, n'a pas connu d'autre peine que la mort. Mais de bonne heure déjà les amendes en têtes de bétail et les amendes pécuniaires passèrent du domaine de la *coercitio* du magistrat dans celui du droit pénal. Dès cette époque, le terme convenable manque pour exprimer cette notion élargie de la peine publique. La terminologie est encore bien plus insuffisante dans le droit pénal privé : celui-ci repose sur l'idée fondamentale d'une expiation juste et approuvée par la communauté, expiation qui était assurée directement au moyen de la peine capitale ou du talion ou pour laquelle la victime se contentait d'une satisfaction. Nous ne connaissons pas d'expression générale qui servit à désigner cette peine privée au large champ d'application, déjà diminué à l'époque de la loi des XII Tables et qui ne tarda pas vraisemblablement à être complètement modifié. La composition, qui à titre facultatif a évidemment

Supplicium.

été usitée de tout temps et qui à l'époque de la loi des XII Tables est déjà organisée pour la plupart des délits comme composition pécuniaire obligatoire, s'appelle dans la vieille langue du droit *damnum*. Cela signifie littéralement la dation et dans *Damnum.* l'emploi juridique de l'expression, notamment dans la forme du substantif à propos des délits privés, au moins pour le vol et pour les dommages causés aux choses, la dation offerte par le défendeur au demandeur comme satisfaction, c'est-à-dire la rançon (1). Pour la même dation faite à l'occasion d'une at- (13) teinte au corps d'autrui, la loi des XII Tables emploie au contraire le mot *poenae* emprunté à la langue grecque (2). Lors- *Poena.*

---

(1) *Dare* signifie transférer la propriété ; *damnum* (cpr. *scamnum* à côté de *scandere* ; *alumnus* ; *vertumnus*) est τὸ διδόμενον = la dation (Ritschl, *Opusc.*, 2, 709) ; *damnare* causatif = faire donner ; *damnas* ou *damnatus* = obligé à donner. Les mots de ce groupe se rapportent dans la langue juridique surtout à cette dation qui éteint l'obligation. Il suffit pour cela de se rappeler le *dare oportere* du droit civil et le legs *per damnationem* ainsi que la formule du droit sacré *voti damnas* (formule ordinaire, mais on trouve déjà *voti condemnare* dans la très vieille inscription des *Vertuleii* de Sora, *C. I. L.*, X, 5708). Le substantif vise exclusivement, semble-t-il, la rançon donnée à raison d'un délit. C'est ainsi qu'en matière de vol, comme nous le montrons au Livre IV, la formule technique est ainsi conçue : *pro fure damnum decidere* = transiger en qualité de voleur sur la satisfaction à donner. De même, en cas de dommage causé à la chose d'autrui la formule était vraisemblablement rédigée ainsi : *pro injuria damnum decidere* et c'est de là que vient le terme technique *damnum injuria* employé pour désigner ce délit. De même, la loi des XII Tables (12, 4 Schœll [12, 3, Girard]) indique à celui *qui vindiciam falsam tulit* de *fructus duplione damnum decidere* = de transiger pour la rançon en payant le double des fruits. Les mots *damnas* et *damnare* sont bien employés pour désigner d'autres prestations que celles de la composition ; mais la dation due à raison d'un vœu ou de quelque autre obligation ne s'appelle pas *damnum* ; comme dans *multa* et *multare* le substantif seul a gardé la signification fondamentale. *Morte multare* et *capitis* ou *capite damnare* sont aussi fréquents que *multa mortis* et *damnum capitis* sont impossibles. — Dans l'usage postérieur du langage, le mot *damnum* est tombé en désuétude dans le vol et dans la matière des dommages causés à la chose d'autrui, il a été transporté de la prestation de l'indemnité pour le dommage au dommage lui-même et est alors employé généralement et également pour tout dommage.

(2) Dans le fragment 8, 3, [*id.* Girard] les mots *CL poenam subito* ne nous ont sans doute été transmis qu'à titre d'explication. Mais le mot se trouve certainement dans 8, 4 [*id.* Girard], sauf qu'on hésite entre la forme *XXV poenas sunto* et *XXV poenae sunto*. Schœll adopte avec raison la première formule et comprend *poenas* comme nominatif pluriel. C'est une

(14) que les délits furent tous soumis au régime de la composition pécuniaire obligatoire, l'un des termes employés pour la désigner sortit de son domaine primitif, probablement parce que l'on ne sentait pas vivement la valeur étymologique de ce mot d'emprunt, et le mot *poena* fut désormais employé tant dans la langue technique que dans le langage usuel pour désigner la peine en général, sans distinction entre les peines publiques et les peines privées et en embrassant même les dommages et intérêts dus à raison d'un délit (1). L'apparition du mot

---

question de savoir pourquoi l'on évite l'emploi du mot *damnum* pour désigner les atteintes au corps d'autrui ; peut-être la fixation de la composition par une loi et non par une décision arbitrale est-elle une innovation législative qui explique ici l'emploi du mot étranger. Les décemvirs n'ont pas seulement, comme dit Cicéron, traduit quelques prescriptions de Solon pour leur code, mais ils ont même introduit dans la langue un mot emprunté au grec. Cela est encore plus compréhensible, si, comme je l'ai montré ailleurs (*Röm. Münzwesen*, p. 175, 302. [*Hist. de la Mon. Rom.*, trad. de Blacas, t. 1, p. 180 ; t. 2, p. 31]) les décemvirs ont introduit la monnaie. Que le mot *poenae* soit un terme d'emprunt, cela ne fait aucun doute. Le mot est étranger aux dialectes italiques. Au point de vue étymologique, on peut le rattacher d'après les lois de la philologie grecque à τίνω (Curtius, *Griech. Etym.*, p. 472, 488 ; la tentative faite par Corssen, *Aussprache, Vocalismus und Betonung der lateinischen Sprache*, 1, 370 pour le rattacher à *penus* ne me paraît pas soutenable) ; cette formation de mot ne convient pas au latin. Dans l'ancien latin, comme me le confirme mon ami Leo, le mot *poenae* (le singulier n'apparaît qu'une fois chez Plaute, *Capt.*, 695) est peu fréquent, le mot *poenire* l'est encore moins, tandis qu'*impune* s'est fait admettre de bonne heure ; chez Plaute et Térence on trouve surtout *supplicium*. *Poenae* est, comme ποιναί en grec, régulièrement uni à des mots comme *pendere* et *dare*, de telle façon qu'il semble que dans ces tournures on ait pensé à un paiement ; dans Ennius (1, 101, Vahlen) le *sanguine poenas dare* est certainement une imitation grecque.

(1) La notion de rançon implique que régulièrement à côté de la réparation du préjudice on fournit un supplément ; aussi le droit romain ne connaît-il la notion pure de dommages et intérêts que dans la matière des contrats, tandis qu'on ne la trouve pas en général dans celle des délits. Même là où exceptionnellement l'auteur du délit ne fournit pas plus que le *quanti ea res est*, cette prestation est traitée comme la rançon du délit. L'indemnité délictuelle à fournir en cas de dommage causé à la chose d'autrui est également une *poena* (*Dig.*, 9, 2, 11, 2), non pas seulement parce qu'elle peut éventuellement dépasser le préjudice subi, mais simplement parce que la réparation du dommage ne suffit pas s'il y a plusieurs délinquants et parce que toute la créance de la victime s'éteint par la mort de l'auteur survenue avant la *litis contestatio*. Si en matière de vol on distingue l'action pénale de la réparation du préjudice, c'est-à-dire de la *condictio*, il faut remarquer que cette dernière action est in-

poena dans ce sens large est la preuve décisive que les délits en général ont désormais fait l'objet d'un groupement, et le signe tout à fait caractéristique de l'unité du droit pénal romain quant au fond. Nous ne pouvons pas déterminer à quelle époque le mot *poena* a reçu cette signification étendue; mais l'emploi du mot dans ce sens large était déjà reconnu dans les derniers siècles de la République (1). La même notion morale se retrouve à la base de la *poena* conventionnelle, étrangère à la matière des délits (2).

Le droit pénal romain n'a originairement aucun terme général ni pour le délit ni pour la peine; pour cette dernière s'introduit de bonne heure le mot *poena*, pour l'autre apparaissent plus tard les expressions *crimen* et *delictum*. (15)

---

connue dans l'ancien droit et que l'autre a certainement été considérée originairement comme embrassant les dommages et intérêts plus un supplément. La *condictio* ajoute, sous la fiction d'un contrat, la réparation obligatoire du préjudice, exclusive de toute idée de supplément, à l'idée d'une indemnité grossie par la loi et due à raison du délit. Des explications plus longues seront données dans le Livre IV.

(1) Le mot se trouve déjà dans son sens général chez Caton (Aulu-Gelle, 6, 3, 37) : *si quis plus quingenta jugera habere voluerit, tanta poena esto* et Cicéron (*Verr.*, 4, 39, 85 : *Pro Cluentio*, 46, 128 ; *De domo*, 27, 45) dit sans hésitation *poena capitis*. Si *multa poena* (*De leg.*, 3, 3, 6 ; *Lex coloniae Genetivae*, c. 96 ; *fraudi multae poenae. Fragmentum Tudertinum* chez Bruns, *Fontes* [6], p. 156) ou *poena multa* (Cicéron, *Ad att.*, 3, 23, 3) est l'expression générique pour les peines publiques, elle ne peut être comprise que comme signifiant peines pécuniaires et autres ; car *multa* embrasse, comme on le verra au Livre V, toutes les amendes pécuniaires qui doivent être payées à la communauté, tandis que *poena* est dit de toute peine et est régulièrement employé dans le droit privé pour désigner aussi les amendes pécuniaires. Les paroles contraires de Labéon (*Dig.*, 50, 16, 244) : *si qua poena est, multa est, si qua multa est, poena est* ne sont pas tout à fait correctes. Paul les contredit d'ailleurs en recourant à la notion originaire de la *multa* prononcée par le magistrat en vertu de son droit de coercition. Mais le mot *poena* exclut en fait dans l'usage postérieur du langage toute spécialisation.

(2) La peine conventionnelle se fonde sur un manquement à la parole donnée que les contractants considèrent comme un délit et qu'ils frappent d'une peine fixée à l'avance dans la convention.

SECTION II

LA DISCIPLINE DOMESTIQUE

(16) Subordination dans la *domus*.

La discipline de la *domus* romaine, d'où est sortie l'organisation de l'État romain, nous montre déjà les éléments de la procédure pénale : le tort moral, sa recherche et son expiation, les fondements de la preuve du délit, de la régularisation de la procédure pénale, de l'organisation de la peine. Mais la *domus*, comme tout embryon, contient en germe ces différents éléments sans qu'ils soient différenciés. Les deux domaines compris dans le droit pénal : celui dans lequel l'État se fait justice à lui-même à raison de torts commis contre la communauté et celui dans lequel l'État, à raison d'un tort commis contre un particulier, se présente comme médiateur entre l'auteur du tort et la victime, se retrouvent tous deux sans être séparés dans le régime disciplinaire de la *domus*; car le chef de celle-ci intervient tantôt pour punir en cas de tort qui lui est causé à lui-même, tantôt comme médiateur sur la demande de la victime en cas de délit commis dans le cercle des personnes soumises à sa puissance ou par une de ces personnes contre un tiers. La puissance illimitée du chef de la *domus* sur ses subordonnés est identique quant à son essence à celle de l'État sur les membres de la communauté ; il suffit de rappeler à cet égard le droit de vie et de mort qui se retrouve également dans les deux puissances et la faculté d'abandon noxal qui se présente de la même façon dans les deux

cas (p. 7). Sans doute, comme il y aura lieu de le montrer bientôt, il n'y a dans le système disciplinaire de la *domus* ni délit formel, ni procédure nettement arrêtée, ni peines réglées, tandis que ces notions se rencontrent dans le droit pénal. Mais cependant, d'une part, la théorie romaine a pour point de départ un pouvoir absolu du magistrat en matière pénale tout à fait identique à celui du chef de la *domus* et d'autre part toutes les lois ne se différencient pas par nature des prescriptions établies dans la maison par son chef; elles sont des (17)
engagements spontanés de l'État, que celui-ci peut créer comme il peut les supprimer et qui obligent les sujets d'une manière absolue, tandis qu'ils ne lient l'État que jusqu'à nouvel ordre de sa part. De même que pour reconnaître le fleuve il faut garder le souvenir de la source, de même on ne peut bien comprendre le droit pénal romain que d'après le fondement du régime disciplinaire de la *domus*.

Ses rapports avec le pouvoir de la communauté.

La puissance domestique n'est pas seulement l'embryon du pouvoir public et le chef de la *domus* le modèle du magistrat, la première s'exerce même à l'intérieur du domaine appartenant à la puissance publique et intervient ici pour réprimer les délits des personnes soumises au chef de la *domus*. L'expression de juridiction domestique est une *contradictio in adjecto* et est aussi inconnue du droit romain qu'elle nous est familière (1). La juridiction a pour base le pouvoir de la communauté sur chacun de ses membres et cette puissance se distingue de celle du propriétaire sur sa chose comme l'arbre se distingue de

(1) La discipline domestique peut être désignée comme *coercitio* ou *disciplina*, mais non pas comme *judicium domesticum*. Sénèque l'Ancien emploie *judex domesticus* comme ὀξύμωρον, c'est-à-dire comme rapprochement ingénieux de mots faits pour se repousser (*Controv.*, 2, 3, 18 : *facile est domestico judici* — au père du ravisseur de la jeune fille — *satis facere*) ; et ailleurs les pères sont aussi comparés aux magistrats (Sénèque, *De benef.*, 3, 11 : *imponimus illi — juventuti — quasi domesticos magistratus* ; Suétone, *Claud.*, 16 : *juvenem... quem pater probatissimum sibi affirmabat... habere dicens censorem suum*). — Dans Cicéron on trouve (*Pro Caec.*, 2, 6) *disceptator domesticus* pour arbitre, *judicium domesticum* (*In Pis.*, 40, 97) pour le tribunal de la conscience ; Tertullien, *Apol.*, 1 désigne de cette manière le tribunal impérial qui n'est pas public.

l'embryon. Elle n'est pas absolue et illimitée comme la propriété, mais elle est établie et limitée par le droit positif. Sans doute l'individu soumis à la puissance domestique peut être appelé à rendre compte du délit qu'il a commis, non seulement par le chef de la *domus* sur le fondement de son droit de propriété, mais aussi par l'État sur le fondement de sa puissance suprême. Et quoique la procédure qui se déroule devant le chef de la *domus* n'appartienne pas au droit pénal, elle ne peut être omise dans ce dernier : d'une part elle fait ressortir clairement l'opposition qui existe entre elle et la procédure pénale, d'autre part le droit du chef de la *domus* concourt en partie avec le droit de répression de l'État et en partie le complète.

Esclaves. Le cercle des individus capables d'accomplir des actes juridiques et sur lesquels s'étend la propriété, c'est-à-dire ici la puissance domestique, est déterminé par le droit privé. Appartiennent en première ligne à cette catégorie les esclaves (1),
(18) au regard desquels l'identité originaire de la propriété et de la puissance domestique s'est maintenue jusqu'à la dernière époque. L'affranchi n'est assimilé à l'esclave qu'autant que l'affranchissement n'est pas complet ou que celui qui a donné la liberté ne tient pas compte de l'affranchissement (2) ou que des lois spéciales ont étendu aux affranchis le droit de correction domestique (3). La puissance domestique sur les descen-

Enfants.

(1) La controverse sur le point de savoir si l'esclave est soumis à ce que l'on appelle le tribunal domestique n'a de sens qu'autant que celui qui le nie entend dire par là que dans ces cas le chef de la *domus* n'a pas l'habitude d'appeler auprès de lui des hommes de conseil.

(2) *St. R.*, 3, 433 [*Dr. publ.* 6, 2, 17]. Suétone, *Caes.*, 48 : (*Caesar dictator*) *domesticam disciplinam in parvis ac majoribus rebus diligenter adeo severeque rexit, ut pistorem alium quam sibi panem convivis subicientem compedibus vinxerit, libertum gratissimum ob adulteratam equitis Romani uxorem quamvis nullo querente capitali poena adfecerit.* Valère Maxime, 6, 1, 4.

(3) Dans la réglementation des droits du patron sur l'affranchi, faite par Auguste en l'an 4 de notre ère (Dion Cassius, 55, 13), le droit doit avoir été reconnu ou laissé au patron de reléguer pour cause d'ingratitude l'affranchi hors de Rome (on peut ajouter de tout domicile du patron) et de la région jusqu'à la vingtième pierre milliaire. Tacite, *Ann.*, 13, 26 : *quid enim aliud laeso patrono concessum, quam ut vicesimum ultra lapidem in oram Campaniae libertum releget?* pour lequel on soutient encore aujourd'hui d'une manière surprenante la mauvaise correction : *centesi-*

dants est dans la terminologie distinguée de la propriété ; mais quant à leur condition juridique, les enfants sont au regard du père, même encore à une époque tardive, dans une situation essentiellement identique à celle des esclaves. Il en a été de même, du moins dans l'ancien droit, des hommes libres qui sont sous la puissance domestique sans être des enfants (1). D'après la règle originaire, la femme est toujours et nécessairement en puissance; à la place de la puissance paternelle apparaît pour la femme mariée la puissance maritale; la femme qui n'est pas en la puissance de son père ou de son mari est soumise à raison du sexe à une tutelle spéciale, qui originairement est bien organisée à la manière des autres puissances (2). Les vestales sont également comme filles de la communauté soumises originairement à la puissance du roi, plus tard à celle du *pontifex maximus*. Mais ces puissances sur les femmes se sont-elles exercées dans la forme de la punition d'un délit? Il n'y en a aucune preuve pour la tutelle à raison du sexe et on ne peut citer pour la puissance maritale que des histoires sans fondement historique créées pour expliquer la (19)
vieille règle juridique (3). En effet, à l'époque historique ces puissances se sont difficilement exercées avec toutes leurs con-

Femmes.

Vestales.

---

mum, inadmissible au point de vue paléographique, comme si le droit de relégation du patron était aussi étendu que celui du préfet de la ville et comme si la relégation aux bains de mer pouvait être autre chose qu'un ὀξύμωρον. Etant donné que le droit appartient légalement au patron de bannir l'affranchi insolent de Rome jusqu'à la vingtième pierre milliaire, celui-ci s'en va en exil, mais à Baïes.

(1) La loi Poetelia de 428/326 provoquée par des mauvais traitements infligés à un *nexus* a, si Tite-Live 8, 28 nous renseigne bien, défendu l'enchaînement des personnes en puissance en dehors du cas de délit. On peut difficilement rapporter cette disposition aux fils de famille.

(2) Caton exprime le principe dans Tite-Live 34, 2, 11 (cpr. c. 7, 11) : *majores nostri... feminas... voluerunt in manu esse parentium fratrum virorum.*

(3) Le roi Romulus acquitte Egnatius Mecennius, coupable d'avoir assommé sa femme avec un bâton parce qu'elle avait contrevenu à la défense de boire du vin (Valère Maxime 6, 3, 9 ; Pline, *H. n.*, 14, 13, 89 ; Tertullien, *Apol.*, 6 ; Servius sur l'*Ann.*, 1, 737 ; généralisé par Denys, 2, 25 ; Polybe, 6, 11 a, 4 [2, 2]). Cette histoire doit sans doute avoir pour but d'expliquer le droit de vie et de mort qui appartenait originairement au mari sur sa femme. Pour un délit semblable une femme est condamnée par les siens (*sui*) à mourir de faim (Fabius chez Pline, *loc. cit.*).

séquences logiques et, d'autre part, on a admis relativement tôt le mariage sans création de la puissance maritale. Sans doute on relie aux vieilles mœurs l'usage plus récent qui transporte au mari ou aux parents l'exécution de la peine infligée à la femme au nom de l'État (1); on leur rattache aussi la délégation du prononcé de la sentence, qu'on rencontre à l'époque impériale pour de tels procès de la part des tribunaux suprêmes non soumis à l'observation des lois (2). Mais si à l'époque historique le droit de correction domestique sur les femmes est disparu aux autres points de vue, la puissance du père sur
(20) la fille de famille a encore été exercée à une époque postérieure (3) et surtout la puissance du pontife sur la vierge vestale est non seulement demeurée reconnue en droit et en fait jusqu'à la réception du christianisme comme religion d'État (4),

---

(1) Tite-Live, 39, 18, 6 (= Val. Max., 6, 3, 7) : *mulieres damnatas cognatis aut in quorum manu essent tradebant, ut ipsi in privato animadverterent in eas; si nemo erat idoneus supplicii exactor, in publico animadvertebatur.* Dans le procès de l'année 602/152 (Tite-Live, *Ep.*, 48) : *Publilia et Licinia... quae viros suos consulares necasse insimulabantur, cognita causa cum praetori* (comme représentant des consuls) *praedes vades dedissent, cognatorum decreto necatae sunt,* la sentence paraît avoir été prononcée par les familles (Valère Maxime, 6, 3, 8. narre l'histoire de la même façon : *non... putaverunt... longum publicae quaestionis tempus expectandum*) ; mais c'est un procès criminel public auquel on met fin de cette manière. Dans un procès qui se déroule sous Tibère devant le Sénat (Tacite, *Ann.*, 2, 50 : *adulterii graviorem poenam deprecatus, ut exemplo majorum <a> propinquis suis ultra ducentesimum lapidem removeretur, suasit*) le Sénat ordonne la relégation et donne mandat aux proches d'assurer l'exécution de cette peine. La désignation vague de *propinqui* (cpr. p. 28) exclut le rattachement de ce mot à la tutelle à raison du sexe.

(2) Suétone, *Tib.*, 35 : *matronas prostratae pudicitiae, quibus accusator publicus deesset, ut propinqui more majorum de communi sententia coercerent auctor fuit.* La véritable procédure criminelle était donc aussi de règle vis-à-vis de la femme de mauvaises mœurs et c'est seulement lorsque cette procédure faisait défaut que l'intervention de la famille était provoquée par l'empereur. Sous Néron le procès contre une femme de qualité pour délit de religion n'est tranché par le mari qu'en vertu d'une délégation du Sénat (Tacite, *Ann.*, 13, 32 : *Pomponia Graecina... superstitionis externae rea mariti judicio permissa, itaque prisco instituto propinquis coram de capite famaque conjugis cognovit et insontem pronuntiavit*).

(3) Condamnations capitales des pères contre leurs filles impudiques. Val. Max., 6, 1, 3. 6.

(4) Comme pour les prodiges, les Annales relèvent avec un soin spécial les condamnations à mort prononcées contre les vestales pour manque-

mais elle a même été étendue en cas de mauvaise conduite au complice mâle, de telle façon que dans ce cas exceptionnel la discipline domestique se transforme en une procédure juridique formelle, où le *pontifex maximus* exerce le droit de vie et de mort dans la forme de la plus ancienne procédure pénale des magistrats en délibérant avec ses collègues et sans que son pouvoir soit limité ni par les comices ni par des jurés. Il n'est pas certain que cette extension anormale de la compétence des pontifes remonte au très ancien droit; peut-être repose-t-elle sur des décisions relativement récentes du peuple (1).

Le défaut de fermeté des notions de délit, de peine et de procès montre qu'ordinairement la discipline domestique, telle qu'elle est appliquée aux esclaves et aux enfants en puissance, n'est, comme nous l'avons dit, que l'exercice du droit de propriété et ne peut être aucunement considérée comme appartenant au droit pénal; pour toutes ces notions il n'y a pas ici dans chaque cas particulier d'autre limite que l'arbitraire.

La notion de délit n'est pas absente du régime de la discipline domestique, mais elle n'y est pas juridiquement fixée. Le chef de la *domus* peut intervenir à raison de tout acte de son subordonné violant une loi de l'État, que ce soit un délit public ou (2) un délit privé, mais il le peut également à raison de tout (21)

Délits

---

ment à la chasteté. Abstraction faite de la condamnation de la vestale Pinaria rapportée pour l'époque de Tarquin l'Ancien (Denys, 3, 67), le cas historique de cette sorte le plus ancien est le procès d'Opimia ou Oppia en 271/483 (Tite-Live, 2, 42; Denys, 8, 89); le plus connu, que nous aurons encore à mentionner à cause de la marche de la procédure, est de 640/114. A l'époque impériale, de pareilles condamnations capitales ont eu lieu sous Domitien (Suétone, *Dom.*, 2; Pline, *Ep.*, 4, 11 ; Denys, 67, 3), Caracalla (Dion, 77, 16 ; Hérodien, 4, 6) et même encore à la fin du IVe siècle (p. 26, n. 2).

(1) Festus, p. 241, d'après Caton : *probrum virginis Vestalis ut capite puniretur, vir qui eam incestavisset verberibus necaretur, lex fixa in atrio Libertatis cum multis aliis legibus consumpta est.* L'exclusion de la provocation pour le mari peut être rattachée à cette décision du peuple ; la femme était déjà sans cela privée du droit de provocation. Dans les récits des Annales la procédure s'étend naturellement aux deux parties.

(2) Sp. Cassius fut puni par son père de la peine de mort pour cause

acte qui n'est pas interdit par une loi de l'État. Au point de vue moral, on peut distinguer l'intervention qui a lieu pour réprimer un délit, celle qui se produit dans un but d'éducation (1) et pour assurer le bon ordre dans la *domus* (2) et celle qui s'exerce par caprice et cruauté; juridiquement, la discipline domestique s'applique parce que tel est le bon plaisir du chef. Surtout elle complète le droit de répression de l'État, ce qui est spécialement important pour les débuts du développement du pouvoir public. Des deux grands domaines nettement distincts que le droit pénal embrasse, à savoir l'intervention spontanée de la magistrature pour lésion de la chose publique et son intervention pour lésion d'un particulier à la demande de la victime, le deuxième s'est sans doute formé à une époque plus tardive. Il y a eu une époque où le transfuge, le lâche et le traître étaient punis, tandis que la répression du dommage causé à un particulier était laissée à la discrétion de la victime elle-même et des siens. Mais de tout temps le chef de la *domus* a eu le droit d'intervenir dans ce second domaine, lorsque le coupable était son subordonné : à défaut d'une procédure d'État, chaque chef de la *domus* pouvait pro-

de trahison, d'après la version récente (Pline, *H. n.*, 34, 4, 15; Val. Max., 5, 8, 2; Tite-Live, 2, 41 ; Denys, 8, 79 ; cpr. *Röm Forsch.* 2, 176). L'exécution capitale d'un complice de Catilina en vertu d'une sentence de son père est relatée par Salluste, *Cat.*, 39; Dion, 37, 36, Val. Max., 8, 8, 5. Sénèque, *De clem.*, 1, 15: *Tarius... filium deprehensum in parricidio exilio damnavit causa cognita.* Val. Max., 5, 9, 1 rapporte un cas semblable concernant L. Gellius censeur en 682/72. — L'exécution des fils de Brutus par leur père en qualité de premier consul n'appartient pas à la question ici traitée.

(1) Il ne faut pas confondre cette intervention avec le droit de correction de l'éducateur et en général des parents appelés à faire l'éducation, c'est-à-dire avec l'*emendatio propinquorum* (C. *Th.*, 9, 13, 1 = C. *Just.*, 9, 15, 1). Ce droit est étranger à la matière de la puissance domestique et n'est pris en considération dans le droit pénal que parce qu'on omet ici intentionnellement pour certains actes, qui ailleurs seraient considérés comme *injuria*, l'application de la peine du délit. — Il en est de même pour le droit de punir qui à une époque postérieure appartient au mari (*maritalis districtio*: Cassiodore, *Var.*, 5, 32) ; il ne s'agit pas là de la discipline domestique au vieux sens du mot.

(2) Ici se place la correction que le Grand Pontife peut infliger à la vestale pour négligence du feu sacré ou autres petits délits (Tite-Live, 28, 11, 6; Val. Max., 1, 1, 6; Festus, *ep.*, p. 106, *ignis Vestae*; Plutarque, *Numa*, 10).

curer à la victime la réparation convenable et par là préserver sa personne et ses biens de la vengeance privée de la victime. C'est de là que sortent sans doute les anciennes règles de la *noxa* exposées plus haut (p. 7 sv.), en particulier la règle riche (22)
en conséquences, d'après laquelle en cas de dommage causé à un tiers par une personne en puissance, le chef de la *domus* est tenu ou de payer à titre de transaction la réparation du dommage ou de donner le coupable en propre à la victime. Cette procédure également applicable au meurtre, au vol, au dommage causé à la chose d'autrui n'est pas une procédure pénale, mais a certainement servi de modèle à l'action privée. Elle pénètre dans la procédure pénale, lorsqu'en cas de délit d'une personne en puissance le chef de la *domus* est contraint par le pouvoir public à faire ce que l'équité et l'usage exigeaient déjà de lui auparavant et lorsque en cas de délit d'une personne pleinement libre l'État traite celle-ci comme le chef de la *domus* traite son subordonné coupable. Évidemment l'intervention de l'État en cas de délits privés restreint le domaine de la discipline domestique, mais ne lui fait pas perdre son rôle pour les délits des personnes en puissance (1). Jusque dans les derniers temps, les délits commis par une personne en puissance contre le chef de la *domus* ou contre une personne soumise à la puissance de celui-ci ne donnèrent pas lieu à l'intervention de la justice, à moins qu'on ne les eût fait rentrer dans le domaine du droit pénal public (2); le motif en était que la condition préalable de toute action privée, l'existence de

(1) Lorsqu'un esclave était accusé de meurtre ou d'un autre délit le maître infligeait lui-même la torture (Val. Max., 8, 4, 1) ou permettait à la victime de l'infliger (*Dig.*, 47, 10, 15, 34. 42 ; Plaute, *Most.*, 1086 ; Térence, *Hec.*, 773) et, si le délit lui paraissait prouvé, faisait l'abandon noxal de l'esclave (Val. Max., *loc. cit.*) Plus tard la même chose eut encore lieu fréquemment sans intervention judiciaire parce que le maître préférait accomplir spontanément ce qu'on pouvait le contraindre à faire.

(2) Comme dans l'action publique au sens juridique du mot c'est la communauté qui agit, le maître peut, comme toute autre personne, jouer le rôle d'accusateur contre l'esclave et cela a lieu en pratique au cas d'action pour adultère (*Dig.*, 48, 2, 5). La citation de l'esclave par son maître devant les préfets de la ville (*Dig.*, 1, 12, 1, 5) appartient sans doute à la propagation postérieure de la *coercitio* publique.

parties, faisait ici défaut. Ces actes provoquèrent seulement l'application des moyens supplétoires de la discipline domestique, complément du droit pénal (1). — Le droit public a notamment laissé jusqu'à la fin de la République à l'autorité domestique le soin d'exercer la discipline sur les femmes. Tan-
(23) dis que les mœurs étaient peu rigoureuses pour les crimes sexuels des hommes, elles se montraient par contre très sévères pour la chasteté des femmes, et le droit pénal de la République n'a ignoré les fautes de ce genre commises par les femmes qu'à raison de l'application en pareil cas de la répression domestique, soit parfois du mari lui-même dans l'ancien droit, soit surtout du père. La procédure contre la vestale qui manque à la chasteté n'est que l'application aux filles de la communauté de la procédure usitée au regard des filles de famille impudiques. Plus tard, à la suite de la décadence progressive de la discipline domestique qui devait aboutir finalement à sa ruine totale, Auguste lui substitua la répression par l'État en cas d'adultère et de *stuprum*.

Formes de la peine.

En outre, il manque dans le régime de la discipline domestique une notion de la peine juridiquement fixée, c'est-à-dire une corrélation ferme entre le délit et son expiation. En dehors de l'exécution capitale et de la correction, la relégation hors de Rome joue un rôle considérable dans l'activité du tribunal domestique, non seulement au regard des esclaves (2), mais aussi au regard des personnes libres (3) et des affranchis

(1) Ulpien, *Dig.*, 47, 2, 16. 17, *pr.* : *servi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur ; neque enim qui potest in furem statuere necesse habet adversus furem litigare : idcirco nec actio ei a veteribus prodita est. Dig.*, 25, 2, 1. *Inst.*, 4, 1, 12. On n'a pas besoin de preuves pour établir une pareille application de la discipline domestique. *Dig.*, 9, 2, 23, 4, mentionne une instruction avec emploi de la torture.

(2) Rien n'est plus habituel que le transfert de l'esclave à titre de peine de la *familia urbana* dans la *familia rustica* (*Dig.*, 28, 5, 35, 3 ; Marquardt, *Handb.*, 7, 179 [Marquardt, *Vie privée*, T. I, p. 214]).

(3) Cette relégation est mentionnée dans les cas du fils de L. Manlius, dictateur en 391/363 (Tite-Live, 7, 4 ; Cicéron, *De off.*, 3, 31, 112 ; Val. Max., 5, 4, 3. 6, 9, 1 ; Appien, *Samn.*, 2 ; *Viri ill.*, 28 ; Sénèque, *De benef.*, 3, 37) ; de Q. Fabius (p. 26, n. 3) ; de Tarius Rufus (Sénèque, *De clem.*, 1, 15 :

(p. 18, n. 3), tandis que l'ancien droit pénal de l'État ne connaissait pas cette peine et que celle-ci n'a passé de la discipline domestique dans le droit pénal qu'à l'époque impériale. Il n'est pas question ici de peines pécuniaires; car celui qui est en puissance ne peut avoir de patrimoine au sens juridique du mot ; en fait, il est indiscutable qu'on a fréquemment touché au pécule, surtout si celui-ci est presque un patrimoine, comme cela est le cas pour la vestale. Il ne peut pas y avoir de règles pour le mode ni pour la mesure de la peine. Conformément au caractère de la discipline domestique, le délit le plus grave peut demeurer impuni, la faute la plus légère avoir les conséquences les plus rigoureuses et même l'arbitraire pur se manifester quand il n'y a pas de délit. Une pareille conduite n'est blâmable que dans la mesure où l'abus de la propriété ne doit pas être approuvé (1). Cette conception de la discipline domestique, pratiquement réalisée avec une logi- (24)
que effrayante, n'a reçu, abstraction faite de l'émancipation des femmes mentionnée plus haut, aucun adoucissement essentiel à l'époque républicaine (2). Au contraire, la répression du délit de la vestale contre la chasteté comme délit digne de la peine de mort, à une époque où la dissolution de mœurs des femmes s'était élevée à un degré qu'elle a à peine atteint depuis, fut postérieurement, par suite de l'accroissement de la

---

mollissimo genere poenae contentum esse debere patrem... debere illum ab urbe... submoveri) ; cette question, est aussi visée par Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 15, 42. Les relégations qu'Auguste infligea à sa fille et à sa petite-fille (Suétone, *Aug.*, 65 et ailleurs) doivent également être plutôt rapportées à sa puissance domestique qu'au pouvoir extraordinaire de répression de l'Empereur. — Du même genre est l'incarcération par Tibère de son petit-fils Drusus dans les souterrains du palais impérial (Suétone, *Tib.*, 54).

(1) C'est encore sur cette raison que Gaius (1, 53: *male nostro jure uti non debemus, qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio*) et même Justinien (*Inst.*, 1, 8, 2 : *expedit rei publicae, ne quis re sua male utatur*) fondent les restrictions des droits du maître sur les esclaves.

(2) On parle de blâme censorial en cas de mauvais traitement d'esclaves (Denys, 20, 5 ; *St. R.*, 2, 381 [*Dr. publ.*, t. 4, p. 59] ; mais les preuves manquent et il parait difficile que cela soit fortuit. On ne peut rattacher à la question traitée ici la perturbation d'une fête populaire par l'exhibition publique d'un esclave condamné (Cicéron, *De div.*, 1, 25, 55 et souvent ailleurs).

crainte des dieux que provoquaient de pareils désordres, plutôt aggravée qu'adoucie (1). Sans doute, à l'époque impériale, le droit de prononcer la peine de mort à titre de punition domestique a été peu à peu restreint, comme nous l'exposerons plus en détail dans le Livre IV à propos du meurtre : depuis l'empereur Claude la mise à mort d'un esclave sans motif et depuis Constantin la mise à mort d'un fils de famille ou d'un esclave sans intervention de la justice sont comprises dans la notion de meurtre. Quant au tribunal pontifical, il n'a perdu son pouvoir sur les vestales et leurs complices que postérieurement à Constantin, mais il en a été dépouillé de telle façon qu'après instruction du délit par le collège des pontifes on recourt aux tribunaux de l'État pour l'exécution de la peine (2). La discipline domestique ne fut pas par là transformée en une juridiction domestique; après comme avant, l'arbitraire servit seul ici de règle, mais cessa de pouvoir aller jusqu'aux mesures extrêmes (3).

(25) Procédure pénale. Enfin la discipline domestique manque d'une procédure juridiquement organisée (4). Sans doute cette puissance doit

(1) Sur les formes d'exécution contre les vestales et leurs amants, cpr. Sect. II du Liv. V.

(2) A l'occasion d'un inceste commis par une vestale d'Albe, le collège pontifical romain procède encore à la fin du IVe siècle à l'instruction, mais appelle, conformément aux précédents (*tibi actio de proximi temporis exemplo servata est*), pour l'exécution de la sentence qui paraît être une condamnation capitale, le préfet de la ville et comme celui-ci s'excuse parce qu'il ne peut quitter la ville, le gouverneur de la province compétent (Symmaque, *Ep.*, 9, 147, 148. Cpr. 9, 108). L'exercice direct du droit de discipline domestique n'est donc plus permis au collège des pontifes par les gouvernements du IVe siècle.

(3) Cela ressort nettement de ce fait que dans la limitation, et plus tard dans l'interdiction de la mise à mort de l'esclave par le maître sans intervention de la justice, on désigne expressément comme non punissable la mort causée sans intention par la correction (Paul, *Coll.*, 3, 2, 1, C. *Th.*, 9, 12. 1 = C. *Just.*, 9, 14, 1).

(4) Orose, 5, 16 : *isdem temporibus* (649/105-651/103) *Q. Fabius Maximus filium suum adulescentem rus relegatum cum duobus servis parricidii ministris interfecit ipsosque servos in pretium sceleris manu misit : die dicta Cn. Pompeio accusante damnatus est.* Marcien, *Dig.*, 48, 9, 5 : *divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis quam patris jure eum interfecit.* Il ne faut pas faire grand cas du récit de Denys, 16, 5. (cpr. Val. Max., 6, 1, 9),

se manifester comme l'exercice d'un droit et, déjà à l'époque républicaine, le père qui fait périr perfidement son fils en puissance est puni comme un meurtrier (1). Mais l'observation d'une forme fixe pour l'exercice de cette discipline domestique n'est prescrite à aucun endroit, une pareille idée est même contraire à la nature de cette discipline. Celle-ci est, conformément à son essence, inquisitoriale ; toute plainte n'est en effet qu'une dénonciation. Tandis que le tribunal institué par l'État est nécessairement public, dans la discipline domestique la sentence est prononcée à l'intérieur de la maison qui est, pour le tribunal des pontifes, la maison officielle du Grand Pontife, c'est-à-dire la *regia* (2) ; ce qui distingue formellement l'exercice de cette discipline de la procédure pénale. A vrai dire, dans les cas les plus importants, parmi lesquels ne figurent pas les mesures prises contre les esclaves, mais bien les accusations graves contre les enfants en puissance, on exige, non en vertu d'une loi mais à raison d'un usage reçu généralement chez les Romains, l'adjonction au père de famille d'hommes de conseils et un débat qui se déroule devant eux à la manière d'un procès (3). C'est ainsi que tous les pontifes prennent régulièrement part aux procès contre les vestales.

---

d'après lequel les tribuns auraient intenté une action pour meurtre contre un maître qui avait maltraité une personne se trouvant en servitude pour dette.

(1) Sénèque, *De clem.*, 1, 15. Val. Max., 5, 8, 2, et de même dans l'affaire de Torquatus (p. 27, n. 3).

(2) Pline, *Ep.*, 4, 11. Cela n'exclut pas la présence d'auditeurs (Cicéron, *De har. resp.*, 6. 12).

(3) Val. Max., 5, 8, 3 : (*Torquatus*) *cognitione suscepta domi consedit solusque* (p. 28, n. 3.) *utrique parti per totum biduum vacavit ac tertio plenissime die diligentissimeque auditis testibus ita pronuntiavit.* Le tableau le plus vivant d'un tribunal domestique de ce genre nous est donné par Josèphe, *Ant.*, 16, 361-372 (c. 11, 2, 3), *Bell.*, 1, 534-543 (c. 1, 2, 3) dans sa description du tribunal familial, organisé par le roi Hérode sur le conseil d'Auguste d'après un modèle romain pour juger ses fils. Dans ce tribunal siègent et votent environ 150 personnes parmi lesquelles figurent les parents de la famille royale et les officiers romains les plus notables. L'affaire se déroule de la même manière dans le *consilium* tenu par L. Tarius Rufus vis-à-vis de son fils, dans lequel siège Auguste et où l'on vote par écrit (Sénèque, *De clem.*, 1, 15).

(26) De même dans les procès capitaux contre les femmes (1) ou les enfants en puissance (2), on appelle à concourir au jugement les parents et les amis de la famille et parfois même des hommes de marque moins liés avec la famille. La décision est rendue, comme dans tout *consilium* volontairement formé, après audition des conseillers et elle émane du Grand Pontife dans le procès de la vestale et du chef de famille dans la procédure contre les femmes et les enfants en puissance (3). Il est donc logique qu'une sentence ainsi rendue ne soit pas considérée comme un jugement au sens juridique du mot et que par suite un acquittement ainsi prononcé ne fasse pas obstacle à l'exercice d'une action criminelle publique (4).

---

(1) Denys, 2, 25 : = ταῦτα δὲ οἱ συγγενεῖς μετὰ τοῦ ἀνδρὸς ἐδίκαζον. Pline, 14, 13, 89 : *matronam... a suis inedia mori coactam*. Cpr. Tite-Live, *Ep.*, 48 : *cognatorum* (*propinquorum* Val. Max. 6, 3, 8) *decreto*. Suétone, *Tib.*, 35 : *ut propinqui more majorum de communi sententia coercerent*. Tacite, *Ann.*, 2, 50 (p. 20, n. 1.) 13, 32 (p. 28, n. 3).

(2) Val. Max., 5, 8, 2 : *adhibito propinquorum et amicorum consilio*. Le même, 5, 9, 1 : *poenae universo senatu adhibito in consilium*.

(3) Tacite, *Ann.*, 13, 32 : *isque prisco more propinquis coram de capite famaque conjugis cognovit et insontem pronuntiavit*. Val. Max., 5, 9, 1 : *absolvit eum cum consilii tum etiam sua sententia*. La procédure pour cause d'exaction de T. Manlius Torquatus, consul en 589/165, contre son fils, actuellement sorti de sa puissance, (Cicéron, *De fin.*, 1, 7, 24 : Tite-Live, *Ep.*, 54 ; Val. Max., 5, 8, 3) n'appartient pas à proprement parler à la discipline domestique, puisque le père n'a plus la puissance et finit simplement par prononcer contre son fils pour sa conduite malhonnête un blâme qui pousse ce dernier à se donner la mort. Mais elle est au fond de même nature que la procédure domestique, et de même que Torquatus prononça sa sentence sans le concours du *consilium necessariorum* (Val. Max., *loc. cit.*), de même tout chef de famille aura dans la procédure domestique cette faculté.

(4) C'est ce que montre le procès contre les vestales de 640/114.

SECTION III

LE DROIT DE LA GUERRE

Droit de la guerre et droit de la paix.

La science romaine du droit prend pour point de départ la plénitude de pouvoirs de la magistrature. D'après cette conception le chef unique et à vie de la communauté, le souverain (*rex*), réprime originairement avec une plénitude de puissance uniformément illimitée les fautes religieuses, militaires et civiles tant à l'intérieur qu'au dehors des murs de la ville et il n'existe encore aucune différence juridique entre les divers genres d'injustice, ni entre l'état de paix et l'état de guerre. Le roi fait bien des lois qui obligent les membres de la communauté, mais qui ne lient ni lui, ni ses successeurs. Est délit, l'acte que le roi punit; est peine, le mal que le roi inflige à une personne. Si la coutume pose à ces deux points de vue des limites, leur observation dépend de l'arbitraire royal; le droit positif de la communauté n'indique aucun moyen pour soustraire l'innocent à la punition ou pour empêcher un genre de peine contraire aux mœurs. Il n'y a pas, lorsqu'une accusation s'élève, de procédure formelle d'investigation; le roi a le pouvoir d'instruire et de trancher toute affaire et il a également la faculté de transporter l'instruction et la décision à un représentant. Un appel à la totalité des citoyens après le prononcé de la condamnation peut avoir lieu, mais seulement lorsque le roi l'autorise. Les notions de délit, de peine et de procédure existent bien en fait au sein de la

communauté, mais non en droit. C'est de cette puissance complète que sont issus le droit public et le droit pénal de l'époque postérieure, en particulier par la séparation du gouver-
(28) nement de la ville et du gouvernement militaire et par la limitation des pouvoirs du magistrat dans le premier de ces deux domaines.

Cette construction juridique ne peut évidemment pas être considérée comme une tradition historique. Elle est née, d'une part, du transfert de la discipline domestique dans le droit public par assimilation du roi et des citoyens au chef de la *domus* et à ses subordonnés et, d'autre part, par la généralisation du droit de la guerre postérieur. En fait, il est difficile qu'elle corresponde pleinement à la vérité. Il est bien plutôt vraisemblable que la distinction des pouvoirs du magistrat à l'intérieur et à l'extérieur des murs est aussi vieille que ces murs eux-mêmes et que l'autorité originaire du souverain était essentiellement limitée au second domaine, tandis que dans l'intérieur des murs la souveraineté se faisait peu sentir et le chef de la *domus* ne pouvait au début compter que sur lui-même et sur les siens et était ainsi réduit à se rendre justice à lui-même. Un manque complet de souveraineté n'est pas conciliable à vrai dire avec la perpétuité de l'organisation sociale et on ne peut attribuer au roi romain la simple situation d'un duc. Les membres de la communauté se rencontraient pour repousser, en groupant leurs forces, l'oppresseur étranger et ils s'aidaient les uns les autres en cas d'incendie de maison ; pour cette défense et ce secours ils se donnaient un chef. La distance est grande entre cette organisation sociale primitive, dans laquelle le chef de la communauté conduit les citoyens hors des murs pour repousser les brigands ou pour commettre eux-mêmes des brigandages et apparaît dans l'intérieur des murs en cas d'incendie sur le théâtre du sinistre, et le développement actuel de l'État où celui-ci forme chaque citoyen au métier des armes et où se réalise cette idée puissante d'une garantie collective contre toute souffrance et toute misère qui pourrait atteindre chaque membre en parti-

culier; de même que la distance est grande entre les douze gens de police qui dans les rues assuraient la liberté du passage au magistrat suprême de Rome et les armées permanentes des temps modernes. Cette longue évolution de l'État s'est accomplie en suivant les traces du peuple romain.

Si donc l'on peut considérer la magistrature comme naturellement soumise à l'ensemble des citoyens, cette subordination se produit principalement dans l'état de paix; la loi a bien ici lié de tout temps le magistrat et par là créé une base aux notions de délit, de procédure et de peine. Mais la conception de la magistrature comme un gouvernement arbitraire illimité, exclue de l'organisation juridique de l'état de paix, a sans doute reçu son application dans l'état de guerre. Cet arbitraire même est le contraire d'une organisation juridique et (29)
ne peut être l'objet d'un exposé systématique, quoique la coutume lui ait donné dans la procédure du droit de la guerre une certaine forme extérieure. A cet égard, ce que nous avons dit de la discipline domestique s'applique ici. Mais il est nécessaire de déterminer le domaine dans lequel règne cet arbitraire et par conséquent de fixer les limites à l'intérieur desquelles il n'y a pas de droit pénal romain.

Le droit de la guerre en général.

En dehors des murs de la ville l'état de guerre est permanent en droit, qu'il y ait réellement guerre ou non, et le magistrat, c'est-à-dire ici le général, exerce les pouvoirs que requiert le commandement. Est surtout soumis au droit de la guerre quiconque est au service de l'armée romaine, mais plus exactement, semble-t-il, tout individu sans distinction de droit personnel (1). L'extension de la discipline des camps aux sujets italiques et provinciaux qui ne sont pas au service militaire est juridiquement la source de ces abus de puissance de la part des magistrats, dont les derniers siècles de la République en particulier nous donnent des exemples d'une atro-

(1) Il est traité de l'application du droit de la guerre aux personnes qui ne sont pas au service de l'armée dans la Section suivante à propos de la *coercitio* et dans la Sect. II du Livre suivant à propos de la *iudicatio*.

cité sans égale (1). La juridiction du Sénat à l'époque républicaine sur les cités italiques n'est pas en effet autre chose que l'application du droit de la guerre en dehors des murs de la ville par les magistrats romains investis de l'*imperium*, application qui dans les derniers temps de la République est liée en fait à la coopération du Sénat. Elle est dirigée en première ligne contre l'insubordination des cités nominalement alliées de Rome, mais en fait dépendantes d'elle, et contre toute tentative de leur part pour se soustraire à cette dépendance; mais étant donné le caractère formellement illimité de cette juridiction, d'autres délits sont aussi soumis à cette procédure du droit de la guerre, notamment ceux qui sont commis en masse, comme les brigandages et le *veneficium*, et qui menacent la paix publique au delà des limites d'une seule cité. Les autorités romaines se sont inévitablement heurtées dans
(30) l'exercice de leurs pouvoirs aux droits garantis par écrit aux cités italiques; de tels conflits appartiennent au droit public et à l'histoire, non au droit pénal. En outre, toute l'administration provinciale repose, non pas exclusivement mais essentiellement, sur la mise en œuvre du droit de la guerre. Toutefois il ne doit pas être question ici de l'application de ce droit en dehors du service militaire, mais seulement de son application directe dans le commandement de l'armée vis-à-vis des soldats au service. En pareille matière on se laisse guider par les besoins de la discipline (*disciplina*). Celle-ci peut être exercée avec ou sans équité; mais ici on ne se demande pas qui a droit ou tort. C'est ainsi que s'établissent ici pour le délit, la peine et la procédure des règles qui ne sont en aucune

---

(1) Tite-Live, 42, 1, rapporte pour l'année 581/173 comme premier exemple d'abus commis vis-à-vis des alliés romains : (*consul*) *iratus Praenestinis... litteras Praeneste misit, ut sibi magistratus obviam exiret, locum publice pararet ubi deverteretur jumentaque cum exiret inde praesto essent*. Pour la même époque des abus encore plus révoltants sont mentionnés dans un discours de C. Gracchus, rapporté par Aulu-Gelle, 10, 3, 3. 5. 17. Quant aux citoyens romains, ce n'est pas la loi qui défend au magistrat de les traiter de cette manière, mais la crainte bien fondée à cette époque du contrôle des tribuns et des comices.

manière conformes à celles du droit pénal proprement dit. Nous ne pouvons nous occuper ici en détail de ces règles ; nous voulons seulement à titre de contraste avec le droit pénal indiquer les notions fondamentales du droit de la guerre.

Délits des soldats.

La catégorie des délits punissables d'après le droit de la guerre concorde sans doute en partie avec celle des crimes d'État : la désertion et la révolte appartiennent aux deux groupes. Mais la désobéissance à l'ordre du magistrat que le droit pénal ne range pas parmi les délits figure au premier rang des délits du droit de la guerre (1) ; la fuite du camp et l'abandon du poste assigné font encourir la peine de mort (2). Le droit pénal de la République ne connaît pas les crimes sexuels et ne connaît le vol que comme délit ordinairement frappé d'une amende ; d'après le droit de la guerre, l'inconduite est un crime capital dans la mesure où elle est une violation de la discipline des camps (3) et il en est de même du vol commis dans le camp ou auprès de lui (4). Le droit de la guerre ne connaît pas la distinction des délits publics et des délits privés. Les
considérations d'intérêt militaire déterminent seules dans le (31)
droit de la guerre le cercle des délits ; l'élément moral sur lequel se fonde le droit pénal des civils passe ici au second rang.

Peines infligées aux soldats.

Dans le droit de la guerre la peine, à l'instar du délit, se sépare d'une manière absolue de l'institution correspondante du

---

(1) Modestin, *Dig.*, 49, 16, 3, 15 : *in bello qui rem a duce prohibitam fecit aut mandata non servavit, capite punitur, etiamsi res bene gesserit.* Ménandre, *Dig.*, 49, 16, 6, 2 : *contumacia omnis adversus ducem vel praesidem militis capite punienda est.*

(2) Polybe, 6, 37, 12 et ailleurs.

(3) Polybe, 6, 32, 9.

(4) Polybe, *loc. cit.* : ξυλοκοπεῖται δὲ καὶ ὁ κλέψας τι τῶν ἐκ τοῦ στρατοπέδου. La règle précise nous est donnée par le serment des soldats (Cincius chez Aulu-Gelle, 16, 4) ; le soldat jure de ne pas soustraire par jour dans le camp ou dans un rayon de dix mille autour du camp des objets pour une valeur supérieure à un denier, à l'exception du bois, du fourrage et d'autres choses semblables. — Sont du même genre les peines de mort établies par le droit de la guerre pour faux témoignage (Polybe, 6, 37) et pour triple répétition du même délit (Polybe, *loc. cit.*), de même que les peines pour blessures faites à un camarade (*Dig.*, 49, 16, 6, 6) et pour tentative de suicide (*Dig.*, 48, 19, 38, 12. 49, 16, 6, 7). De telles prescriptions ne peuvent appartenir au droit pénal.

droit applicables aux civils. Toutefois les principales peines militaires méritent d'être mentionnées à titre de comparaison.

1. La peine de mort occupe dans le droit de la guerre, comme dans le droit public de l'époque précédente, le premier rang (1), et, quoique le général ait également le droit de faire arrêter le coupable et de l'envoyer à Rome pour qu'il y soit condamné, il a rarement fait usage de cette faculté (2). Si l'application de la peine de mort dans la ville se raréfie de bonne heure au cours de la période républicaine, le général a gardé pendant de longs siècles le droit de l'infliger au citoyen romain; ce pouvoir lui a certainement été enlevé par une loi antérieure à 646/108, sans qu'il soit du reste possible d'en déterminer plus précisément la date (3). Cette disposition

---

(1) Quant à la forme d'application de la peine, l'exécution capitale civique par la hache ou la croix s'est séparée de bonne heure de l'exécution militaire par l'épée ; on reviendra dans le Livre V sur cette opposition qui existe plus en fait qu'en droit. Lorsqu'à l'époque impériale la peine fut mesurée d'après le rang social, les soldats, comme le montrera le Livre V, Sect. XII, furent rangés dans une classe élevée.

(2) Dans l'affaire du légat Q. Pleminius en 550/204 le général Scipion ne renonce pas à son droit de prononcer la sentence (Tite-Live, 29, 9, 8. c. 21, 2), mais le préteur envoyé par le Sénat lui retire l'affaire des mains et condamne le légat et ses complices conformément aux pouvoirs qui appartiennent au général (Tite-Live, 29, 21, 12). Cependant cette sentence n'est pas exécutée et paraît annulée par le transfert de l'accusé à Rome où le procès recommence (Tite-Live, 29, 22, 7).

(3) La procédure contre Q. Pleminius (Tite-Live, 29, 21) ne permet pas de trancher avec certitude la question de savoir, si celui-ci aurait pu être exécuté en vertu du droit de la guerre ; cela doit cependant être admis comme vraisemblable. Il ressort de Salluste (*Jug.*, 46) qu'en 646/108 le général n'avait plus le droit de faire exécuter un citoyen romain, tandis que ce droit lui restait encore sur le Latin. Cette règle a été établie par une loi Porcia ; la preuve nous en est, en effet, donnée par la monnaie de P. (Porcius) Laeca (*R. M. W.* p. 552 [*Hist. de la mon. rom.*, trad. de Blacas, t. II, p. 365]), qui représente un homme armé ayant un licteur derrière lui et étendant la main vers la tête d'un homme portant la toge avec l'inscription mise en dessous : *provoco*. Il en résulte, en outre, que cette loi protégeait les citoyens romains d'une manière générale hors de la ville et n'a été appliquée que par voie de conséquence à ceux d'entre eux qui étaient au service militaire. Cicéron, *Pro Rab. ad pop.*, 3, 8 : *de civibus Romanis contra legem Porciam verberatis aut necatis* permettrait de penser aussi à des peines infligées par des officiers ; car Rabirius a bien pu prononcer de tels jugements comme chevalier romain et n'a pu violer la loi Porcia qu'à ce titre. Si d'après Cicéron (*De rep.*, 2, 31, 54) les trois lois

perdit ensuite sa force avec la chute de la République au regard du commandement impérial. La différence interne des deux systèmes apparaît nettement dans ce fait que dans le droit de la guerre on voit intervenir ces deux facteurs (1) : le droit de grâce du général et le hasard dont dépend finalement dans la décimation (2) l'application ou la non application de la peine de mort. Il est clair qu'ici toute idée de droit est écartée. (32)

2. Le droit positif romain de la République ne connaît pas la peine corporelle, notamment la fustigation comme peine indépendante (3); au contraire la bastonnade a été, comme on sait, usitée à toute époque chez les Romains dans le droit de la guerre (4).

3. L'emprisonnement apparaît peu comme moyen disciplinaire vis-à-vis des soldats, tandis qu'il joue le premier rôle dans la *coercitio* contre les particuliers.

Porcia relatives à la provocation, reproduisant la plus ancienne loi sur cette matière, n'ont fait qu'aggraver la punition du contrevenant (*De rep.*, 2, 31, 57 : *neque vero leges Porciae, quae tres sunt trium Porciorum..., quicquam praeter sanctionem attulerunt novi*), on ne doit pas trop prendre ce témoignage à la lettre ; une de ces lois — nous ne savons pas, si c'est elle qui fut proposée par Caton l'Ancien (p. 52, n. 3.) ou une des deux autres — a étendu la provocation à la puissance du général et Cicéron dans sa constitution idéale désapprouve cette extension par ces mots (*De leg.*, 3, 3, 6) : *militiae ab eo qui imperabit provocatio ne esto.* — Cette provocation ne peut certainement pas avoir été une provocation dans l'ancienne forme dans laquelle la condamnation capitale du général aurait été soumise à la communauté ; elle a consisté uniquement à empêcher ou annuler la procédure du général et à transporter le procès dans la ville ; elle a donc consisté dans l'arrestation du coupable par le général et dans son envoi à Rome, comme cela pouvait avoir lieu aussi à l'époque antérieure et dans l'exercice à Rome de la procédure pénale tribunitienne (Dion, *fr.*, 100).

(1) Dans la procédure pénale civile il n'est pas permis au magistrat d'accorder la grâce après le prononcé de la sentence.

(2) Cpr. spécialement Polybe, 6, 38 ; Tacite, *Ann.*, 3, 21. La règle d'après laquelle on laisse la vie à celui qui, condamné à être passé par les verges, survit à l'application de cette peine (Polybe, 6, 37, 4), est étendue à celui qui est précipité du haut de la roche Tarpéienne (Dion, *fr.*, 17, 8).

(3) Cpr. l'exposé du Livre V.

(4) Polybe, 6, 37, 8. Modestin, *Dig.*, 49, 15, 3, 1. Application aux officiers : Tite-Live, 29, 9, 4 : Val. Max., 2, 7, 4. 8. Le rejet mentionné plus loin de la fustigation hors du domaine de la *coercitio* civile s'est plus difficilement étendu à la discipline des camps.

4. Le droit de la guerre connaît aussi les peines pécuniaires (1), mais il n'y est sans doute question que de privation
(33) de solde ou de toute autre peine de ce genre en rapport avec la discipline des camps. Le général n'a certainement pas pu, comme cela a lieu fréquemment dans le droit pénal applicable aux civils, infliger ni privation de tout ou partie du patrimoine, ni amendes graves; car une pareille punition ne peut être exécutée dans le camp.

5. La saisie d'objets particuliers du patrimoine, telle que nous la définirons dans la Section suivante, a également eu lieu dans le droit de la guerre (2), mais elle s'est sans doute restreinte comme au cas précédent à ce qu'un soldat possède dans les camps.

6. Les aggravations de service par voie de dégradation ou dans d'autres formes et, d'une manière générale, les peines arbitraires sont aussi inconnues au droit pénal des civils qu'elles sont fréquentes dans le droit de la guerre.

Tribunal militaire.

Ce que nous avons dit du délit et de la peine dans le droit de la guerre s'applique également à la procédure. Celle-ci n'est pas juridiquement nécessaire comme dans le droit pénal des civils; en particulier, le général peut punir sans aucune forme de procès quand il a une conviction personnelle. La division de l'instance rigoureusement organisée dans la procédure pénale des civils, qu'elle y soit légalement exclue ou légalement prescrite, est étrangère au droit de la guerre. Il n'y a ici aucune place pour l'institution du jury; mais il pourra y avoir ici dans certaines circonstances convocation d'un *consilium* (3). Tandis que le magistrat urbain doit administrer personnellement la justice dans la mesure où ce pouvoir lui appartient, le général n'y est pas obligé d'après le droit de la guerre; il est seulement d'usage que dans les cas les plus importants il tranche l'affaire avec ou sans le concours d'un *consilium*, la

---

(1) Caton chez Aulu-Gelle, 11, 1, 6. Polybe, *loc. cit.* Modestin, *loc. cit.*
(2) Polybe, *loc. cit.*
(3) Tite-Live, 29, 20. 21.

justice militaire ordinaire étant déléguée aux tribuns des légions et d'une manière générale aux officiers (1).

L'opposition du droit de la guerre ou, pour parler plus exactement, de l'arbitraire militaire et de l'ordre juridique a naturellement des limites purement territoriales, qui sont marquées par l'enceinte des murs de la ville de Rome ou plutôt par la première borne milliaire de la banlieue. Mais cette ligne très nette de démarcation a été rompue par l'établissement de tribunaux romains extraurbains, d'abord par la création des préfectures italiques et des villes de citoyens, puis par celle des prétures provinciales. Cette juridiction extraurbaine (2), qui ne repose pas sur une loi mais sur le pouvoir ou *imperium* du (34)
magistrat, se sépare de la procédure du droit de la guerre d'abord dans le domaine du droit privé. Le général statue aussi sur les contrats et les délits privés de ses soldats, mais il n'établit jamais de jury ; au contraire, le préfet nommé pour Capoue par le préteur, le magistrat municipal d'Ostie, le préteur de Sicile exercent la juridiction privée de la même manière que le préteur de la ville. La procédure pénale des magistrats et des comices n'a pas été, bien entendu, transportée aux autorités extraurbaines; mais cela a eu lieu dans les *quaestiones*, quoique pour la première fois seulement sous le Principat et d'une manière incomplète, lorsqu'à la place du jury dirigé par le magistrat fut établie une instance relevant exclusivement des magistrats. Cette procédure juridique extraurbaine de la fin de la République et de l'Empire n'obéit pas aux règles du droit de la guerre, mais tombe dans le domaine de la *coercitio* et de la juridiction des magistrats.

---

(1) Polybe, 6, 37, 8. Paul, 5, 26, 2. *St. R.*, 1, 144 [*Dr. publ.*, t. 1, p. 165].

(2) Le *judicium quod imperio continetur* peut aussi trouver son application dans la ville, quand les conditions du *judicium legitimum* font défaut ; mais il a sans doute pour point de départ les instances dans lesquelles ces conditions ne peuvent pas être réunies, c'est-à-dire les instances extraurbaines.

(35)

SECTION IV

LE DROIT DE COERCITION DES MAGISTRATS

Limitation de la puissance du magistrat urbain.

D'après la science romaine du droit, le droit positif et en particulier le droit pénal sont issus de la plénitude des pouvoirs qui appartenaient originairement au magistrat et se sont développés par la limitation de ces pouvoirs. Cette limitation s'est accomplie d'une double manière : d'une part, en retirant en principe au droit pénal les fautes religieuses ; d'autre part, en distinguant pour les autres délits le domaine de la paix et celui de la guerre et en maintenant pour ce dernier les règles anciennes, tandis que dans le premier on enlevait au magistrat certains moyens de répression. Ce que le magistrat a gardé à ce dernier égard des anciens pouvoirs arbitraires et les peines qu'il est autorisé à appliquer dans la ville, sans être lié à la confirmation des comices et à la sentence des jurés, constituent ce que nous appelons la coercition par opposition à la juridiction. Plus tard, lorsqu'à la fin de la République et sous le Principat, des magistrats extraurbains ont été munis de l'*imperium* judiciaire, leur droit de coercition a été soumis aux mêmes limites juridiques, surtout lorsque l'*imperium* militaire leur faisait défaut, comme cela a eu lieu pour les magistrats municipaux. Même chez les détenteurs extraurbains du commandement militaire, l'*imperium*, lorsqu'il ne se présente pas comme pouvoir disciplinaire militaire, prend le caractère d'un pouvoir juridictionnel et en revêt

en quelque sorte les formes, bien que le caractère illimité, que possède en droit la puissance du magistrat extraurbain, ne disparaisse aucunement. Dans cette Section nous ne traitons que du droit de coercition limité des magistrats urbains revêtus de l'*imperium*, le droit de coercition des magistrats en général n'est envisagé qu'incidemment.

Nous ne pouvons ni prouver ni contester que la plénitude (36)
des pouvoirs religieux, considérée par la science romaine du Disparition des délits religieux.
droit comme contenue dans la puissance royale à côté de la plénitude des pouvoirs civils (1), ait appartenu en fait à la Royauté. S'il en a été ainsi, si le roi avait le pouvoir de condamner à mort pour une faute de ce genre tout citoyen que le Grand Pontife déclarait impie d'après le droit postérieur, ce pouvoir n'a passé, lors de la séparation à l'époque républicaine de la magistrature et du sacerdoce, ni à l'une ni à l'autre de ces fonctions ; les règles romaines, dont nous avons connaissance, ne parlent ni de délits religieux ni de procédure pénale religieuse. Sans doute, comme nous le montrerons dans le Livre V, la peine publique est conçue à l'origine comme une expiation religieuse et l'exécution capitale comme un sacrifice ; mais celui-ci n'a lieu qu'à la suite d'un délit public, c'est-à-dire à la suite d'un tort causé à la communauté, et il est toujours et nécessairement accompli par le magistrat ; la coopération des prêtres n'est ici jamais exclue ; mais en cas de délit public ceux-ci n'interviennent jamais dans l'exercice du pouvoir juridictionnel (2). Les manquements aux prescriptions religieuses qui ne contiennent pas en

(1) *St. R.*, 2, 13, 50. [*Dr. publ.*, 3, 13. 57].

(2) On trouve des traces établissant que dans la forme la plus ancienne d'exécution capitale, à savoir dans celle qui avait lieu par la hache, les prêtres de la communauté étaient appelés à y concourir ; mais l'intervention de ces derniers se restreignit absolument à l'exécution et a disparu dès l'époque ancienne. Dans les autres expiations religieuses de la communauté qui ne reposent pas sur le droit pénal, dans la suppression des *monstra* et dans la réparation des crimes internationaux, l'intervention des prêtres est plus forte, mais même ici l'expiation est toujours accomplie par le magistrat. On parlera de cette question dans la Sect. I du Liv. IV.

même temps, comme le sacrilège, une violation directe de l'ordre public, ne sont jamais punis par le magistrat, et le prêtre qui, conformément aux devoirs de sa charge, agit contre l'impiété (1), n'a pour soutenir cette intervention aucun pouvoir répressif propre et ne peut recourir à celui du magistrat. Lorsqu'un particulier a commis une faute religieuse, le prêtre peut lui ordonner de l'expier par un sacrifice ou autrement; mais s'il n'y a pas de lois spéciales qui
(37) interviennent (2), le particulier est libre de se soumettre ou non à cet ordre. Le prêtre peut aussi déclarer qu'aucune satisfaction n'est capable de compenser la faute (*impietas*). Il est même possible qu'il ait eu le droit d'exclure de certains ou de tous les actes religieux celui qui ne payait pas l'amende qui lui avait été imposée ou celui qui était déclaré *impius*; nous sommes peu renseignés sur de pareils ordres et surtout nous ne le sommes que pour l'époque postérieure où la foi a disparu. En tout cas de telles interdictions, quelque difficulté qu'on éprouve à les concevoir, ne peuvent pas avoir porté en elles-mêmes le caractère de peines infligées par l'autorité. Le droit de coercition attribué au Grand Pontife sur les prêtres qui lui sont soumis et dont il sera question plus loin n'est pas une exception au principe, mais repose sur le pouvoir de magistrature conféré à ce prêtre dans une mesure limitée (3).

Si le magistrat est, en général, privé du pouvoir répressif

---

(1) *St. R.*, 2, 51 et sv. [*Dr. publ.*, 3, 27 et sv].

(2) La loi sur le bois sacré de Spolète (Bruns, *Fontes*, p 260), après avoir prescrit pour toute infraction l'offrande d'un bœuf à titre de *piaculum* et avoir en outre établi une amende (*molta*) de 300 as pour toute infraction consciente, ajoute : *ejus piacli moltaique dicator[ei] exactio est[od]*. On trouve ici d'abord une opposition caractéristique entre le *piaculum*, dû pour toute infraction, et la *molta*, encourue seulement en cas de violation intentionnelle de la loi. On y voit vraisemblablement aussi un *piaculum*, qui en vertu d'une loi spéciale peut être réclamé par une action — exactement comme cela est naturellement possible pour la *molta* —. Nous ne savons pas si le *dicator* doit être entendu comme désignant un magistrat ou non, mais cela n'a ici aucune importance.

(3) L'application de la discipline domestique aux vestales et son extension anormale aux complices mâles (p. 19 et sv.) n'appartiennent pas au droit pénal.

en matière religieuse, l'exercice de son *imperium* est à tous autres égards réglé par la loi à l'intérieur de la ville, et le magistrat est lié par cette loi, en tant que tout acte qu'il accomplit en violation des limites posées est considéré comme l'acte d'un particulier et tombe par suite sous le coup de la loi pénale.

Femmes et non citoyens.

Ces restrictions n'atteignent pas l'exercice de l'*imperium* au regard des personnes libres, des femmes romaines et des non citoyens. A vrai dire, dans le domaine du droit privé, y compris celui de la procédure pénale privée, l'homme libre qui n'est pas citoyen a une situation essentiellement égale à celle du citoyen ; le fait que dans le procès, où une personne de cette qualité est partie, le magistrat agit non en vertu d'un pouvoir légal (*lege*), mais en vertu de sa propre autorité (*imperio*), est aussi important au point de vue des notions fondamentales de droit public qu'il est pratiquement indifférent. Mais en dehors de l'action privée, le non citoyen et la femme romaine sont soumis en principe, même à l'intérieur de la ville, à l'autorité illimitée du magistrat (1). Ce point sera développé plus loin dans la seconde Section du Livre suivant.

(38) Notion de la coercition restreinte.

Au regard des citoyens romains mâles, la réglementation de l'autorité du magistrat consiste dans la limitation des moyens de répression que celui-ci peut appliquer de lui-même, sans le concours des citoyens ou des jurés ; les pouvoirs qui lui restent à cet égard forment le « droit de contrainte », la *coercitio* (2). L'idée directrice est que le magistrat doit gar-

---

(1) Les restrictions que ce principe de droit public a reçues dans l'application seront traitées en droit pénal dans la mesure où nous les connaissons. Il en sera ainsi, par exemple, pour la procédure pénale des édiles contre les femmes et l'extension de la procédure des *quaestiones* aux esclaves. Il est vraisemblable que le droit romain est allé plus loin dans cette voie ; par exemple, les règles qui fixent un maximum aux amendes infligées par le magistrat en vertu de son droit de coercition peuvent avoir été appliquées aux femmes et aux non citoyens. De même que la loi a enlevé au magistrat, même pour le territoire extraurbain, le pouvoir de frapper un citoyen de mort en vertu de son droit de coercition, de même elle a pu limiter dans le gouvernement urbain d'autres formes de coercition.

(2) Cicéron, *De leg.*, 3, 3, 6 distingue nettement le droit de coercition :

(39) der le droit de commander et qu'on ne peut concevoir un ordre sans moyens de contrainte (1). A vrai dire le magistrat

---

magistratus nec oboedientem et innoxium (ainsi dans les manuscrits) *civem multa vinclis verberibusve coerceto, ni par majorve potestas populusve prohibessit, ad quos provocatio esto* et le droit de juridiction des magistrats : *cum magistratus judicassit inrogassitve, per populum multae poenae* (cpr. p. 15, n. 1) *certatio esto*. L'un s'exerce contre le citoyen désobéissant mais non coupable et se limite à l'amende, à la prison et aux coups ; l'autre est un pouvoir pénal proprement dit et embrasse la peine capitale à côté de l'amende. Il est dans l'ordre que l'amende figure dans les deux catégories ; car elle est employée aussi bien comme peine d'une désobéissance que comme répression d'un délit ; quant au lien sans aucun doute étrange établi entre la *multa* du droit de coercition et le droit de juger des comices, il sera justifié plus loin (p. 58). Rien ne peut être modifié dans le texte ; l'expression surprenante *populusve* ne peut être supprimée, car c'est elle qui implique l'emploi de *provocatio* au lieu du mot *appellatio* qui vient naturellement à l'esprit. Il est sans doute étonnant que dans la matière de la coercition *prohibere* et *provocare* se rapportent aussi bien à l'intercession du magistrat patricien (il est question plus tard de l'intercession des tribuns) qu'à l'appel au peuple, tandis que nous sommes habitués, en cas d'emploi de *prohibere*, à penser au magistrat et, en cas d'emploi de *provocare*, au peuple. Mais ce sont là vraisemblablement des acceptions trop étroites qu'il faut corriger d'après la terminologie de Cicéron ; sur l'emploi très libre du mot *provocare*, il faut comparer la Sect. VIII du Livre III. L'opposition des notions est claire et revient fréquemment. Dans la loi sur les aqueducs de T. Quinctius (Bruns, *Fontes* 6, p. 116. [Girard, Textes 3, p. 104]) on trouve à côté l'un de l'autre, comme dans Cicéron, la juridiction et, comme moyen de contrainte lui appartenant, la coercition (*multa pignoribus cogito coerceto* et plus loin *iis pignoris capio, multae dictio coercitioque esto*). Pomponius, *Dig.*, 1, 2, 2, 16 : *lege lata factum est, ut ab eis (consulibus) provocatio esset neve possent in caput civis Romani animadvertere injussu populi; solum relictum est illis, ut coercere possent et in vincula publica duci jubere* (ms.. *juberent*). Hygin, *De cond. agr.*, p. 118, 13 : *in agris juris dictio coercitioque esto coloniae illius.* Salluste, *Cat.*, 29 : *coercere omnibus modis socios atque cives, domi militiaeque imperium atque judicium summum habere.* De même la *coercitio* est plusieurs fois attribuée à des magistrats qui peuvent prononcer des amendes et saisir des gages, mais qui n'ont pas de juridiction criminelle (Suétone, *Aug.*, 45 ; *Claud.*, 38 ; Paul, 5, 26, 2 ; *Dig.*, 1, 21, 5, 1). Le mot est employé ici dans ce sens restreint par la langue technique. Mais il a très souvent une signification plus large, embrassant la juridiction criminelle, par exemple Cicéron, *De off.*, 3, 5, 23 : (*leges homines*) *morte exilio vinclis damno coercent.* La coercition, prise dans ce sens, embrasse le procès criminel qui conduit à la provocation, surtout lorsqu'il n'y a pas d'*imperium* juridictionnel comme dans le tribunat du peuple.

(1) *St. R.*, 1, 144 [*Dr. publ.*, 1, 165]. Paul, *Dig.*, 1, 21, 5, 1 : *mandata jurisdictione privato etiam imperium quod non est merum videtur mandari, quia jurisdictio sine modica coercitione nulla est.* Ulpien, *Dig.*, 50, 16, 131, 1 : *multam is dicere potest cui judicatio data est ; magistratus* (c'est-à-dire les

ne doit pas employer la coercition contre un acte qui lui déplaît, à peu près comme le censeur donne son blâme, mais il ne doit s'en servir que pour se procurer dans l'exercice de sa fonction la liberté d'action nécessaire ; la coercition est dans sa véritable application la procédure contre l'insubordonné et le désobéissant. Mais on ne peut trouver ici aucune limite positive ; la coercition peut bien plutôt, comme nous allons le montrer, être juridiquement employée contre tout acte sans distinction, et, tant qu'elle s'exerce dans les limites légales, elle peut n'être pas équitable, elle ne sera jamais injuste.

Magistrats avec droit de coercition complet ou restreint.

Les limites tracées à cet égard aux magistrats sont inégales. La coercition n'appartient, dans l'étendue avec laquelle elle est en général admise en ville, qu'aux magistrats investis de l'*imperium* (1) et aux tribuns de la plèbe (2); leur coercition s'étend jusqu'à l'emprisonnement. C'est dans les mêmes limites, abstraction faite de la discipline militaire, que les détenteurs extraurbains de l'*imperium* exercent régulièrement, et notamment à l'époque récente, le droit de contrainte afférent à la magistrature (3). Au contraire, la coercition inférieure, c'est-à-dire en substance le droit d'imposer des amendes et de saisir des gages, appartient en outre aux (40)

---

magistrats municipaux) *solos et praesides provinciarum posse multam dicere mandatis* (dans les instructions des gouverneurs de province) *permissum est. Poenam autem unusquisque inrogare potest, cui hujus criminis sive delicti executio competit.* Le même, *Dig.*, 5, 1, 2, 8 : *his datur multae dicendae jus, quibus publice judicium est, et non aliis, nisi hoc specialiter eis permissum est.* Il apparaît ici clairement que le droit d'infliger des amendes est généralement lié à l'*imperium* juridictionnel, tandis que le droit de punir dépend d'une compétence spéciale. — Dans le simple procès de droit privé le droit de commander du magistrat ressort moins par suite de son attitude passive ; mais il se manifeste d'autant plus dans la *cognitio* (*Dig.*, 25, 4, 1, 3) et en général dans les autres actes de sa charge.

(1) Ulpien, *Dig.*, 2, 4, 2 : *magistratus qui imperium habent... et coercere aliquem possunt et jubere in carcerem duci.* Pour plus de détails, v. *St. R.*, 1, 153 [*Dr. publ.*, 1, 175].

(2) *St. R.*, 1, 141 [*Dr. publ.*, 1, 162].

(3) Le pouvoir militaire et le pouvoir civil sont en particulier réunis dans la coercition du gouverneur de province, comme cela est exposé plus en détail dans le Livre suivant à propos du tribunal du gouverneur de province.

censeurs (1) et aux édiles (2) ainsi qu'au Grand Pontife, mais ce dernier ne l'a qu'en cas d'insubordination des prêtres qui lui sont soumis (3). Rentrent aussi dans cette seconde catégorie certains magistrats extraordinaires : tous ceux qui sont investis du droit de juger dans les procès intéressant le patrimoine soit des particuliers, soit de la communauté et surtout tous ceux qui interviennent dans l'assignation des terres publiques ; car ces opérations sont irréalisables sans un pouvoir de contrainte (4). La coercition compète même aux autorités municipales qui ont la juridiction et qui dans cette mesure possèdent l'*imperium* (p. 42, n. 1). Au contraire, n'ont pas de droit de coercition propre les questeurs (5) et en général les magistrats inférieurs ; cependant il semble que la coercition ait pu être attribuée par une délégation consulaire, et dans la mesure de cette délégation, aux personnes occupées dans le service de sûreté de la ville (6).

Même pour la coercition urbaine, dans la mesure où elle s'exerce, s'applique la règle que nous avons formulée à l'occasion de la discipline domestique et de la discipline militaire, à savoir qu'il n'y a pour elle ni notion ferme de délit, ni forme précise de procédure, ni, abstraction faite évidemment de l'exclusion de certains moyens de répression, de peines fixes.

---

(1) *St. R.*, 2, 355. 398 [*Dr. publ.*, 4, 29 : 79]. Par conséquent aussi plus tard le *curator aquarum* : *St. R.*, 2, 464, n. 2 [*Dr. publ.*, 4, 155, n. 2].

(2) Varron, chez Aulu-Gelle, 13, 13, compte les édiles curules parmi les magistrats, *qui potestatem neque vocationis populi viritim habent neque prensionis*. *St. R.*, 1, 154 [*Dr. publ.*, 1, 176]. Mais, à vrai dire, ils exercent la *prensio* pour les tribuns de la plèbe *St. R.*, 2, 475 [*Dr. publ.*, 4, 167].

(3) *St. R.*, 2, 57 et sv. [*Dr. publ.*, 3, 64 et sv.]. La procédure est peut être aussi possible contre un augure qui empêche une inauguration. Les sources ne parlent que d'amendes dépassant les limites légales et conduisant au procès comitial ; mais sans aucun doute le Grand Pontife avait le droit de prononcer des amendes en deçà de ces limites.

(4) Il suffit de se rappeler les termes de loi rapportés p. 41, n. 2, et la juridiction prévue dans la *lex Julia agraria* (Bruns, *Fontes*, p. 96 [Girard, *Textes*, p. 69, 70]).

(5) *St. R.*, 1, 143. n. 1. [*Dr. publ.*, 1, 163, n. 2].

(6) Cpr. la Section sur le service de sûreté, notamment au point de vue des *tresviri capitales*.

Désobéissance.

Si en général les termes de désobéissance et de coercition peuvent être considérés comme aussi corrélatifs que ceux de délit et de peine, la notion de désobéissance (1) et celle qui lui est très étroitement liée de manque de respect dû au magistrat sont aussi indéterminées que celle de délit est précise. Si, après la suppression en droit privé de l'exécution sur la personne relativement aux créances d'argent, le débiteur de la communauté y demeure exposé (p. 54, n. 2), cela tient à ce (41)
que la coercition n'appartient pas nécessairement à l'exécution par le magistrat, mais peut y être facilement comprise. On fait dépendre expressément l'application de la coercition de l'appréciation du magistrat (2), et il faut aussi tenir compte que le magistrat peut dans un cas donné préférer provoquer une procédure pénale (3). En soi, la désobéissance n'est aucunement un délit ; la coercition n'est pas dirigée, comme nous l'avons dit expressément (p. 41, n. 2), contre un délinquant. La loi des XII Tables fait ressortir clairement combien la coercition est étrangère à la matière des délits, lorsqu'elle substitue la coercition à la répression pénale dans les cas où celle-ci n'est pas possible par suite du défaut d'âge (4) ou de l'absence de dol (5).

Procédure d'instruction.

La procédure d'instruction est naturellement possible, lorsque les éléments du fait ne sont pas constants pour le magistrat, mais elle a toujours lieu sans forme et est le plus souvent écartée par la connaissance que le magistrat a directement de la faute ; car il s'agit ici principalement de désobéissance et d'injures commises à l'égard de celui-ci.

---

(1) *In ordinem cogere* : *St. R.*, 1., 139 [*Dr. publ.*, 1, 159].

(2) Cela est exprimé de la manière la plus saillante par rapport à l'amende de ce genre chez Ulpien, *Dig.*, 50, 16, 131, 1 : *multa ex arbitrio ejus venit, qui multam dicit : poena non irrogatur nisi quae quaque lege vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita est ; quin immo multa ibi dicitur, ubi specialis poena non est imposita.*

(3) L'attentat contre la personne du magistrat, notamment du tribun de la plèbe, donne bien lieu aussi à la coercition (p. 46, n. 4 ; p. 52, n. 1), mais ce cas appartient au droit pénal, en tant que la peine infligée comporte la provocation. — Le cas de légitime défense au sens propre du mot n'appartient jamais à notre matière.

(4) *Loi des XII Tables*, 8, 13, Schöll [8, 14, Girard] (Aulu-Gelle 11, 18, 8) et 8, 8 [8, 9, Girard] (Pline *H. N.* 18, 3, 12).

(5) *Loi des XII Tables*, 8, 9, Schöll [8, 10, Girard] (Gaius, *Dig.*, 47, 9, 9).

Moyens de coercition.

Mais le plus important est d'établir les limites de la coercition, non pas tant pour prouver qu'en deçà de ces limites le magistrat en question a la liberté du choix, que pour fixer la ligne de démarcation entre la coercition et la juridiction.

Magistrats soustraits à la provocation.

1. Jetons d'abord un regard sur les magistrats qui ne sont pas soumis aux limites de la coercition ou, pour employer l'expression romaine, à la provocation. L'exécution capitale du citoyen romain à Rome n'est permise au magistrat patricien de la République que si la sentence de mort a été approuvée par le peuple. D'après la tradition constante, le droit de provocation a été établi immédiatement après la
(42) chute de la Royauté par le premier consul P. Valerius Poplicola (1) et est considéré par les Romains comme le signe caractéristique et l'expression de la liberté républicaine. Il fut confirmé par la loi des XII Tables (2), affirmé de nouveau et élargi par les trois lois Porcia promulguées vraisemblablement au VI[e] siècle (3). Enfin, en l'année 631/123, C. Sempronius Gracchus, à la suite d'exécutions accomplies contre les

---

(1) La loi qui introduit la provocation dispose d'après Cicéron (*De rep.*, 2, 31, 54 ; de même Val. Max., 4, 1, 1) : *ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem necaret neve verberaret* et il dit des décemvirs : *non provocatione ad populum contra necem ac verbera relicta* (c. 37, 62). D'après Tite-Live, 10, 9, 4. 5, la loi Valeria interdit *eum qui provocasset virgis caedi securique necari* et la loi Porcia ordonne la répression, *si quis verberasset necassetve civem Romanum*. De même Denys, 5, 19, cite la mise à mort et la flagellation du citoyen (ἀποκτείνειν ἢ μαστιγοῦν) et Pomponius, *Dig.*, 1, 2, 2, 16, la peine capitale. Parlent d'une manière générale de l'introduction de la provocation, Tite-Live, 2, 8 ; Denys, 5, 70 ; Plutarque, Popl., 11. — Il est impossible que la flagellation soit ici mentionnée comme une peine indépendante, parce qu'il serait irrationnel de lui étendre la provocation au peuple. Elle semble se présenter ici comme une peine accessoire qui accompagne l'exécution capitale des mâles sans distinction de forme ; le fait que l'exécution capitale est mentionnée la première doit être ainsi compris que la loi laisse au magistrat en question la liberté de fixer la forme de cette exécution, mais lui prescrit la flagellation. On ne peut penser ici à l'exécution par la fustigation, car, du moins d'après les lois romaines, la peine de mort ne peut être appliquée sous cette forme. Nous revenons sur ces questions au Livre V.

(2) Les *provocationes omnium rerum* (Cicéron, *De rep.*, 1, 40, 62, cpr. 2, 31, 54) comprennent nécessairement celle-là.

(3) Cpr. sur ces lois, p. 34, n. 3 et ci-dessous, p. 52.

partisans de son frère en violation de la provocation, a renouvelé par une loi l'ordre de la respecter et s'est efforcé d'empêcher que, pour l'éluder, on recourût à la théorie d'après laquelle la qualité de citoyen romain est perdue de plein droit en cas de *perduellio* (1). — La prescription légale n'a jamais été attaquée comme telle, mais il n'en a pas été de même de son application à chaque magistrat ; c'est ainsi notamment que, pendant les premiers siècles de la République, la loi ne s'applique pas à la dictature en vertu de la constitution même, et que plus tard elle n'atteint pas les pouvoirs exceptionnels, en particulier la dictature de Sylla (2), la cour martiale consulaire-sénatoriale et les deux tribunaux suprêmes et souverains du Principat ; car toutes ces institutions sont un retour au pouvoir pénal originaire et illimité de la magistrature.

Droit de coercition capitale des magistrats patriciens.

2. Les magistrats patriciens liés par la provocation, qui violent les règles de cette institution, sont exposés à la peine qui dans les mêmes cas frappe le particulier, ainsi que cela sera expliqué plus loin à l'occasion du meurtre. Mais ils ont, abstraction faite du droit de légitime défense vis-à-vis du citoyen qui tourne ses armes contre la communauté et dont il sera parlé dans le Livre IV à propos du meurtre, le droit de coercition capitale sans coopération du peuple contre le citoyen qui porte les armes contre sa patrie ou se rend coupable de quelque acte du même genre, c'est-à-dire, pour employer la terminologie romaine, qui se rend coupable d'une *perduellio*. A la base de cette règle se trouve l'idée, développée dans la Section en question du Livre IV, que le délit au moment où il est commis supprime le droit de cité et permet par suite la répression admise au regard des non citoyens. Ce droit exceptionnel s'applique en cas de manquement direct du citoyen à (43)

Délit militaire.

(1) Ce point est traité dans le Livre II à propos de la cour martiale sénatoriale.

(2) Sous cette dictature la règle de droit reçut une forme brutale (Cicéron, *De leg.*, 1, 15, 42 : *ut dictator quem vellet civium aut indicta causa impune posset occidere*) et donna lieu à de terribles applications.

ses obligations militaires. Les documents ne nous ont pas transmis la règle comme telle, mais nous attestent son application dans les cas suivants :

a. Le fait de passer à l'ennemi pouvait, abstraction faite de l'application de la discipline militaire, être puni de cette manière, même dans la ville de Rome. L'exécution des *cives Romani Campani*, faits prisonniers à Rhegion, accomplie en l'année 483/271 sur le *forum* romain, le prouve. La protestation élevée par le tribun, sous prétexte de violation des règles de la provocation, fut repoussée (1).

b. Désertion du soldat ou de l'officier (2).

c. Abstention coupable du citoyen astreint au service militaire lors de la levée des troupes et autre fraude coupable en
(44) matière d'obligations militaires (3). Cette règle est conforme

---

(1) Val. Max., 2, 7, 15 (cpr. *St. R.*, 1, 132, n. 5. 3, 577. 1241 [*Dr. publ.*, 1, 151, n. 4. 6., 2e part, 190. 7, 472]). On ne peut donc mettre décemment en doute que le droit de provocation ait appartenu aux Campaniens *St. R.*, 3, 577 [*Dr. publ.*, 6, 2, 190] ; il est impossible qu'il n'y ait pas eu une disposition sur ce point et la protestation du tribun serait incompréhensible si les Campaniens n'avaient pas eu ce droit.

(2) Tite-Live, *Ep.*, 55 (= Frontin, *Strat.*, 4, 1, 10) de 616/138 : *C. Matienus accusatus est apud tribunos plebis, quod exercitum in Hispania deseruisset, damnatusque sub furca diu virgis caesus est et sestertio nummo veniit.* La rédaction fait ici penser non pas à un procès capital devant les tribuns, mais à une coercition consulaire, contre laquelle on forme un appel à la manière ordinaire devant les tribuns, mais sans résultat. Sur la même ligne que la désertion on place le fait pour les troupes de marcher de leur propre autorité (Denys, 11, 43).

(3) Valère Maxime, 6, 3, 4 (de même Varron chez Nonius, p. 18 ; Tite-Live, *Ep.*, 14) : *M.' Curius consul* (en 479/275) *cum dilectum subito edicere coactus esset,... primum nomen urna extractum citari jussit neque eo respondente... et bona ejus et ipsum vendidit.* Dans la Guerre Sociale on enleva pour un cas de ce genre à un guerrier, sans doute après prononcé d'une condamnation capitale, son patrimoine et on le maintint en prison jusqu'à sa mort (Val. Max., 6, 3, 3). Cpr. Cicéron, *Pro Caecina*, 34, 99. Auguste a encore procédé de cette manière : Suétone, *Aug.*, 24 : *equitem R. quod duobus filiis adulescentibus causa detrectandi sacramenti pollices amputasset, ipsum bonaque subjecit hastae, quem tamen, quod imminere emptioni publicanos videret* (probablement pour rendre illusoire la privation de liberté du collègue), *liberto suo addixit, ut relegatum in agros pro libero esse sineret.* Il a même prononcé dans des cas de ce genre des confiscations de patrimoine et des peines de mort (Dion, 56, 23). Ailleurs il n'est question pour de semblables délits que de la démolition de la maison (Pomponius, *Dig.*, 10, 3, 20) et aussi de simple arrestation et de correction (Tite-Live, 2, 55. 7, 4).

à l'usage général, attesté aussi pour d'autres races italiques (1). Cette procédure pénale s'accomplissait régulièrement dans la ville (2).

d. Abstention coupable du citoyen lors de l'établissement de la liste des personnes astreintes au service militaire (3).

Cette coercition capitale en matière militaire, indépendante du lieu d'application, c'est-à-dire ce maintien du droit de la guerre même dans la ville en cas de refus du service militaire, a subsisté en droit depuis l'époque la plus ancienne jusqu'aux temps les plus récents et s'est modifiée seulement, lorsque par suite de certaines réformes, notamment de changements dans la formation des troupes, la rigueur ancienne en matière de recensement des troupes et dans l'opération de la levée s'est atténuée (4). Elle n'est pas une juridiction au sens juridique du mot, mais est, comme toutes les coercitions, un acte administratif (5); cela ressort notamment de la (45)
forme du châtiment qui est ici infligé : la peine de mort est juridiquement possible dans tous les cas, mais elle n'est exé-

(1) L'appel *lege sacrata* des personnes astreintes au service militaire, que Tite-Live mentionne pour différents peuples italiques, signifie que celui qui fait défaut sans excuse est voué à Jupiter, c'est-à-dire encourt la peine de mort (10, 38; cpr. 4, 26, 3. 9, 39, 5. c. 40, 9. 36, 38, 1).

(2) Chez Tite-Live, 3, 69, 7 les consuls terminent généralement l'appel des troupes par cette addition: *cognoscendis causis eorum, qui nomina non dedissent, bello perfecto se daturos tempus*; *pro desertore futurum, cujus non probassent causam.*

(3) Gaius, 1, 160 : *maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul civitatem et libertatem amittit* : *quod accidit incensis, qui ex forma censuali* (à cause de laquelle cette disposition est rapportée au roi Servius : Tite-Live, 1, 44, 1 ; Denys 4, 15) *venire jubentur.* Denys, 5, 75. Cicéron, *Pro Caec.*, 34, 99. Tite-Live, *loc. cit.*, indique que la peine de mort est également permise. La vente repose sur l'*imperium* et continue à être faite par le consul depuis que l'opération d'estimation est confiée à la magistrature accessoire du censeur (Zonaras, 7, 19; *St. R.*, 1, 153. A. 1. [*Dr. Publ.*, 1, 175, n. 1]). Denys, 4, 15 nous dit que cette procédure demeura longtemps (μέχρι πολλοῦ) en vigueur.

(4) Ménandre, *Dig.*, 49, 16, 4, 10 : *mutato statu militiae recessum a capitis poena est* (dans la levée), *quia plerumque voluntario milite numeri supplentur.*

(5) Par conséquent on peut faire appel aussi contre un pareil acte au tribun de la plèbe, comme cela est arrivé en 479/275 (Val. Max., 6, 3, 4, cpr. p. 48, n. 3), 483/271 (p. 48, n. 1), 616/138 (p. 48, n. 2).

cutée que dans les cas les plus graves (1) ; elle est beaucoup plus fréquemment remplacée par une privation de liberté, qui se traduit souvent par une vente à l'étranger comme esclave et consiste parfois dans une réduction en servitude à l'intérieur du pays (p. 48, n. 3). On mentionne, en outre, (p. 48, n. 3) la destruction du domicile, mais il est aussi simplement question d'emprisonnement et de correction (p. 48, n. 3). Cette diversité de châtiment n'est en aucune manière conciliable avec le droit pénal romain, mais bien, comme le montre l'exposé qui suit, avec la coercition (2). — Si le magistrat était autorisé à procéder d'après le droit de la guerre même dans la ville contre les délits militaires indiqués, il ne lui était pas moins permis d'en poursuivre la punition dans les formes de la procédure pénale. Nous montrerons dans la Section I du Livre IV que le procès proprement dit de perduellion pouvait aussi être intenté à l'occasion de tous ces délits ; et il est permis de conjecturer qu'en cas de doute sur les éléments du fait, par exemple dans la désertion, la répression d'après le droit de la guerre devait céder le pas à la procédure pénale.

Délit international.

En outre, le droit de provocation ne s'est pas étendu à la violation du droit international; même ici les magistrats ont gardé le droit de coercition capitale. Lorsque par la faute d'un citoyen les obligations jurées de la communauté sont violées, ou, lorsque pour la même raison la communauté ne peut observer un contrat international valablement conclu par ses représentants avec la clause d'exécration, le magistrat établit le délit avec le concours du collège pontifical appelé à délibérer et procède à l'acte d'expiation (3). Celui-ci est vraisemblablement un châtiment capital; la preuve en est que, si la communauté lésée refuse l'extradition du délinquant qui lui

(1) La flagellation *sub furca* (p. 48, n. 2) doit bien signifier que le crucifiement était encouru.

(2) La procédure d'Auguste contre le père qui par mutilation soustrait ses fils aux obligations militaires (p. 48, n. 3) est conforme au droit de la guerre, mais ne peut être considérée comme une procédure de droit pénal.

(3) *St. R.*, 3, 45 [*Dr. publ.*, 6, 1, 49].

est offerte à titre d'expiation (p. 8), le coupable peut être exécuté (1). La consultation des comices, telle qu'elle est permise en cas de violation de l'obligation au service militaire, est dans ces cas juridiquement exclue, quelque naturel qu'il paraisse d'embrasser ce délit sous la notion de perduellion ; le détournement de la malédiction divine encourue sous condition ne peut être subordonné au hasard d'une majorité obtenue dans les comices. Cependant plus tard, par suite de la puissance croissante de la démocratie, la provocation a été aussi étendue à ce cas (2). (46)

Perte de la liberté.

3. La perte de la liberté, la transformation du citoyen libre en esclave de la communauté, liée en principe à l'aliénation de cette personne à l'étranger, se rencontre dans la coercition des consuls dans les mêmes conditions que la peine de mort et a été examinée à cette occasion.

Coercition capitale du tribun de la plèbe.

4. Le droit de vie et de mort des tribuns de la plèbe ne repose pas sur le même fondement juridique que celui des magistrats patriciens ; mais il vient de l'organisation constitutive de la plèbe, de la puissance de même nature que l'*imperium* patricien garantie par cette organisation et plus tard légalement reconnue aux chefs de la plèbe. Comme le droit de vie et de mort des consuls patriciens sur le citoyen était subordonné par la loi Valéria à l'approbation du peuple, il était équitable de lier ce même pouvoir pour les tribuns à l'approbation soit de la plèbe, soit plus tard de l'assemblée du peuple, et cette restriction a été en principe observée. Mais rigoureusement on pouvait dire que les tribuns de la plèbe avaient à l'origine le même droit que les consuls et que la loi Valéria avait bien limité le pouvoir des consuls, mais non le leur. En

(1) Le général M. Claudius livré aux Corses et non accepté par eux fut exécuté dans un cachot (Val. Max., 6, 3, 3). Le général C. Hostilius Mancinus, refusé par les Numantins, se vit contester le droit de cité (Cicéron, *De orat.*, 1, 40, 181) et celui-ci lui fut ensuite restitué par un vote du peuple (*Dig.*, 50, 7, 18). L'opinion représentée par Cicéron (*Top.*, 8, 37 ; *Pro Caec.*, 34, 99), d'après laquelle l'extradition serait sans effet en cas de refus, est évidemment insoutenable en droit.

(2) *St. R.*, 3, 338 [*Dr. publ.* 6, 1, 386].

effet nous connaissons, d'après des témoignages historiques pleinement dignes de foi, un cas d'intervention de tribun évidemment fondée en droit strict, dans lequel il n'y a ni procédure ni provocation et où le tribun de la plèbe traite un citoyen romain exactement comme un délinquant pérégrin. En 623/131, le tribun de la plèbe C. Atinius Labeo, à la suite
(47) d'une offense commise à son égard, s'emparait du censeur Q. Metellus sans autre forme de procès et se disposait à le faire précipiter du haut de la roche Tarpéienne ; une intercession tribunicienne reconnut la validité de cet acte de coercition en même temps qu'elle l'empêcha (1).

Flagellation.

5. La flagellation du citoyen, en tant qu'elle ne se présente pas comme une peine accessoire en cas d'exécution capitale, n'a certainement pas été interdite aux magistrats par les anciennes règles de la provocation (p. 46, n. 1) ; la loi des XII Tables permet même expressément la flagellation comme peine indépendante (p. 45, n. 3. 4). Son application peut avoir été restreinte peu à peu (2) ; son interdiction, en principe complète, remonte à un vote du peuple provoqué par Caton l'Ancien (3). On en est resté là (4). Il y a toutefois une exception pour les acteurs (5). La violation de ce privilège du citoyen a dû, dans

---

(1) Tite-Live, *Ep.*, 59. Pline, *H. N.*, 7, 44, 143.

(2) C'est ce qu'impliquent les récits de Tite-Live 2, 55, 7. 9, 4, 2, qui à vrai dire ne sont probants que pour la conception de l'annaliste narrateur, mais surtout les lois mentionnées par Festus (v. n. 3).

(3) Lui-même se vante dans un de ses discours d'être intervenu « pour le dos » des citoyens (*pro scapulis* ; chez Tite-Live 10, 9, 4 *pro tergo*) *nam* comme Festus, p. 234, ajoute, *complures leges erant in cives rogatae, quibus sanciebatur poena verberum.* Salluste, *Cat.*, 51, 22 relève la protection que la loi Porcia procure contre la flagellation en appuyant sur le contraste qui existe à cet égard entre elle et l'exécution capitale. Sans doute la loi proposée par Caton est une des trois lois Porcia (p. 34, n. 3) et peut-être celle qui soumit l'*imperium* des généraux à la provocation ; dans un discours tenu devant le peuple, cette dernière restriction devait retenir moins l'attention que la protection du « *tergum* » des citoyens.

(4) *St. R.*, 1, 156, n. 4 [*Dr. public*, 1, 179, n. 2]. Cicéron, *Verr.*, 5, 54, 140. c. 62, 161., *Pro Rab. ad pop.*, 4, 12. Le procès sur le droit de cité est un procès *de jure virgarum* (Pline, *H. N.*, 7, 43, 136).

(5) Les acteurs sont, d'après le droit de la République, soumis d'une manière générale à cette forme de la coercition des magistrats et, d'après

l'ancien temps, fonder au moins l'action d'injure; la législation de César a en outre, comme le montrera la Section du Livre IV relative à la violence, puni comme délit public, à titre de violence grave, la flagellation ou la torture du citoyen romain. Pendant la dernière période de l'Empire, la correction a été rangée parmi les peines proprement dites et nous en reparlerons à ce titre dans le Livre V.

6. Le magistrat investi de l'*imperium* a légalement, sous la condition du concours des tribuns de la plèbe, la faculté illimitée d'exiler le citoyen hors de Rome ; il a été fait de ce droit un usage fréquent contre les citoyens mal notés (1), tandis que l'exercice de ce pouvoir vis-à-vis des citoyens dont l'honneur était intact était désapprouvé (2). Mais l'exil prononcé contre le citoyen ne peut jamais s'étendre à tout le sol romain, il est nécessairement l'objet d'une délimitation territoriale. Celle-ci, comme toute limite de police, doit être susceptible de différenciation et facilement saisissable ; c'est pourquoi à l'époque historique elle est régulièrement fixée à l'aide Exil. (48)

---

une disposition d'Auguste, seulement pendant les jeux (Suétone, *Aug.*, 45 : *coercitionem in histriones magistratibus omni tempore et loco lege vetere permissam ademit praeter quam ludis et scaena*). Sous Tibère, on demanda en vain au Sénat le rétablissement de la règle ancienne plus rigoureuse (Tacite, *Ann.*, 1. 77), et on s'en tint à la disposition d'Auguste (C. Th., 15, 7, 7 = *C. Just.*, 11, 41, 3). Cpr. Tacite, *Ann.*, 13, 28 ; Suétone, *Claud.*, 38 ; Paul, 5, 26, 2.

(1) Festus, p. 278 : *relegati dicuntur proprie quibus ignominiae aut poenae*, (c'est-à-dire à cause d'un châtiment souffert antérieurement) *causa necesse est ab urbe aliove quo loco abesse lege senatusve* (— *tuique* ms.) *consulto aut edicto magistratuum, ut etiam Aelius Gallus indicat.* A cet ordre d'idées appartiennent les dispositions d'après lesquelles ne peuvent pas habiter à Rome : le soldat destitué (Macer, *Dig.*, 49, 16, 13, 3); le soldat qui a survécu à la peine du passage par les verges (Polybe, 6, 37, 4); celui qui a été condamné pour un crime capital (Cicéron, *Verr.*, 1, 2, 41, 200, où le citoyen n'est pas exclu); le bourreau (Plaute, *Pseud.*, 331; Cicéron, *Pro Rab. ad pop.*, 5, 15); l'affranchi appartenant à la classe pénale de la loi *Aelia Sentia* (Gaius, 1, 27). Rentrent aussi dans cette catégorie les exils des mauvais acteurs (Suétone, *Aug.*, 45, *Nero*, 16), des femmes de plaisir et des mignons de débauche, (Suétone, Tib., 35). *St. R.*, 1, 155. 2, 139. 328. 3, 1192 [*Dr. publ.*, 1, 177. 3, 159, 379. 7, 416].

(2) *St. R.*, 1, 155 [*Dr. publ.*, 1, 177]. Cicéron, *Pro Sest.*, 12, 29; *Ad. fam.*, 15, 16, 2.

des bornes milliaires des chaussées qui partent de Rome. L'exil peut en outre être limité quant au temps. Un exposé plus détaillé sera donné dans le Livre V à l'occasion de la catégorie de peines qui est sortie plus tard de cette coercition.

Prison. 7. L'arrestation (*prensio*) et l'emprisonnement (*vincula, carcer*) peuvent être infligés arbitrairement par le magistrat investi de l'*imperium* et par le tribun de la plèbe (1). Il a été fait maintes fois usage de ce droit important, même dans la forme de l'emprisonnement pour dettes contre les débiteurs de la communauté (2). Pour l'application de cette peine, il est toutefois contraire aux mœurs de pénétrer dans la maison de
(49) l'individu à arrêter (3). En matière de désobéissance et d'inconduite, ce droit des magistrats fut confirmé par la loi de César sur la violence et fut encore exercé à l'époque du Principat (4). Nous indiquerons dans le Livre suivant dans quelle mesure ce droit fut appliqué à titre d'emprisonnement préventif.

Confiscation de patrimoine. 8. La confiscation de patrimoine en faveur de la caisse de l'État ou d'un temple public a eu lieu dans les limites où la coercition capitale est admise. Elle accompagne régulièrement celle-ci et se produit aussi certainement seule, lorsque cette coercition ne peut être exécutée. Mais elle n'est pas infligée

---

(1) *St. R.*, 1, 143. 153 [*Dr. publ.*, 1, 164, 175-176].

(2) Contre l'emprisonnement pour dettes qui doit avoir été infligé à L. Scipio pour défaut de paiement d'une amende, l'intercession tribunicienne se produit (Aulu-Gelle, 6, 29). De même, l'emprisonnement du citoyen romain campanien Naevius (Aulu-Gelle, 3, 8, 15), dont la cause, qui ne nous est pas transmise, était vraisemblablement l'abus du théâtre, fut levé par les tribuns (Aulu-Gulle, 7, 8, 15). D'après Labéon, chez Paul, *Dig.*, 48, 13, 11, 6, en cas de dette fiscale n'ayant pas un caractère délictuel, le paiement est poursuivi *ab eo qui hoc imperio utitur pignus capiendo, corpus retinendo, multam dicendo.*

(3) Cicéron, *In Vat.*, 9, 22 : *miserisne viatorem, qui M. Bibulum domo vi extraheret, ut quod in privatis semper est servatum, id te tribuno pl. consuli domus exilium esse non posset?*

(4) Paul, 5, 26, 2 : *hac lege* (*Julia de vi publica*) *excipiuntur..., qui inde in carcerem duci jubentur, quod jus dicenti non obtemperaverint quidve contra disciplinam publicam fecerint. Dig.*, 47, 10, 13, 2 : *si quis, quod decreto praetoris non obtemperavit, ductus sit, non est in ea causa, ut agat injuriarum propter praetoris praeceptum.*

comme peine indépendante, abstraction faite de la peine de mort, par les magistrats de la communauté et n'a pas pu non plus être prononcée par eux, d'après les règles sur l'amende que nous exposerons plus loin. La seule objection contre cette conjecture, à savoir la proposition faite par César d'appliquer cette peine aux complices de Catilina (1), se présente comme l'admission d'une injustice moindre pour éviter l'injustice plus grave consistant dans la violation du droit de provocation. Mais les tribuns de la plèbe ont avec la juridiction capitale le droit de prononcer, en dehors de tout procès et de la provocation, la confiscation du patrimoine au profit d'une divinité romaine, c'est-à-dire la *consecratio bonorum* (2). Ces consécrations remontent aux anciens temps des luttes de classes et ont été pour cette raison de nouveau pratiquées par la démocratie antipatricienne du dernier siècle de la République, conformément au procès d'Horace et avec la même inefficacité (50)
que lui (3) ; mais il n'est pas douteux qu'elles soient légales en droit strict.

Droit pour le magistrat d'infliger des amendes.

9. L'amende de bestiaux et plus tard l'amende d'argent, telle que l'infligent les magistrats patriciens : d'abord les consuls, puis les préteurs et censeurs issus d'un démembrement de la puissance consulaire, et les autorités correspondantes des municipes, est le moyen de contrainte employé de préférence tant pour l'administration de la justice que dans

(1) Salluste, *Cat.*, 51, 43. Cicéron, *In Cat.*, 4, 5, 10.

(2) Des procédures de ce genre sont mentionnées : en 299/455 contre un certain nombre de patriciens (Denys, 10, 42, qui admet à tort l'appel au peuple); à l'époque historique en 585/169 : (*P. Rutilius tr. pl.*) *Ti. Gracchi... bona consecravit, quod... intercessioni non parendo se in ordinem coegisset* (Tite-Live, 43, 16, 10, où l'opposition avec l'accusation de perduellion, élevée contre l'autre censeur montre que le peuple n'était pas ici consulté); par Labéon contre Metellus, lorsque la coercition capitale eut échoué (p. 52 n. 1), Cicéron, *De domo*, 47, 123 : *C. Atinius... bona Q. Metelli... consecravit foculo posito in rostris adhibitoque tibicine*, Pline, 7, 44, 143 ; en 684/70 par un autre tribun contre le censeur Cn. Lentulus (Cicéron, *loc. cit.*) ; en 696/58 par le tribun de la plèbe P. Clodius contre le consul A. Gabinius (Cicéron, *loc. cit.*).

(3) Cicéron, *loc. cit.*, le dit expressément de cette procédure qu'on est allé chercher *ex nonnullis perveterum temporum exemplis* ; Pline, *loc. cit.*, parle à tort de l'appauvrissement de Metellus.

d'autres buts. Elle est toujours fixée d'après le mode de paiement légal, elle consiste au début en têtes de petit et de gros bétail, plus tard en argent et s'appelle, par suite de son accroissement habituel en cas de désobéissance persistante, « multiplication » *multa* (1). D'après la tradition, le magistrat a pu à l'origine appliquer cette peine d'une manière illimitée. Mais, plus tard, déjà avant la loi des XII Tables, une loi fixa une limite à l'appréciation du magistrat et décida que celui-ci ne pourrait pas le même jour imposer aux petites gens ne possédant pas de gros bétail une amende de plus de 2 moutons et au citoyen quel qu'il soit une amende de plus de 2 brebis et 30 bœufs (2). Ces amendes de bétail ont été ensuite, vingt

---

(1) L'étymologie de ce mot, dont les Anciens nous signalent déjà la répétition dans les dialectes italiques (*multam*, dit Festus, p. 142, *Osce dici putant poenam quidam*), mais qui est étranger à la langue grecque et qui appartient évidemment aux plus anciennes prescriptions du droit romain, est indubitable en tant qu'il appartient à la même catégorie que *multus*. *Quod singulae dicuntur*, dit Varron, *De L. L.*, 5. 177, *appellatae eae multae* (ms. *multas*), *quod ovim* (ms. *olim*) *unum dicebant multae*, *itaque cum in* (lacune dans ms.) *dolium aut culeum vinum addunt rustici*, *prima urna addita dicitur* (*dicunt* ms.) *etiam nunc*. Dans l'usage abstrait du féminin, de même que dans *summa*, il faut ajouter une notion comme *dictio* ou *coercitio*. Quant à l'extension postérieure du mot à l'amende fixée par le magistrat dans une procédure pénale proprement dite, et même quant à l'emploi fait par négligence de ce mot pour désigner généralement toute peine publique consistant en argent, il en sera parlé au Livre V.

(2) *St. R.*, 1, 158 [*Dr. publ.*, 1, 181]. Varron, chez Aulu-Gelle, 11, 1 : *M. Terentio, quando citatus neque respondit neque excusatus est, ego ei unum ovem multam dico*. Festus, *v. maximam multam*, p. 144, *v. ovibus* p. 202, *v. peculatus*, p. 213, p. 237. L'établissement de la *multa maxima* semble avoir été reporté par quelques-uns au début de la République (Plutarque, *Popl.*, 11: ζημίαν ἀπειθείας ἔταξε βοῶν πέντε — au lieu de 30, erreur vraisemblablement provoquée par la confusion avec le *sacramentum quingenarium* — καὶ δυεῖν προβάτων ἀξίαν). D'après d'autres appréciations, la fixation légale du maximum repose sur la loi Menenia-Sestia de 302 (Festus, *v. peculatus*, p. 237), c'est-à-dire de l'année avant l'entrée en fonctions des Décemvirs, ce qui ne doit avoir d'autre but que de reporter cette réforme à une époque antérieure à la législation décemvirale ; en effet, comme celle-ci ne connaît pas d'amende de bétail, cette fixation d'un maximum devait nécessairement se placer à une époque antérieure. Si Denys (10, 50) et Aulu-Gelle (11, 1) attribuent cette fixation à la loi Aternia Tarpeia de 300, cela revient à peu près au même ; cependant Cicéron (*De re p.* 2, 3, 5) paraît rapporter plutôt cette dernière loi à la transformation de l'amende procédurale fixe (*sacramentum*) consistant en un certain nombre de têtes

ans après la loi des XII Tables, transformées en argent sur le (51)
pied de 10 as pour un mouton et de 100 as pour un bœuf (1). Depuis lors, l'amende la plus faible (*multa minima*) infligée au citoyen est de 10 as ou sesterces, l'amende la plus haute (*multa maxima* ou *suprema*) (2) de $20 + 3000 = 3020$ as ou sesterces. Si les indications de date, que l'on trouve dans les sources pour la fixation d'un maximum aux amendes de bétail, ne peuvent prétendre à l'authenticité, les amendes d'argent, qui ont remplacé celles-ci et dont la date ne peut donner lieu à une hésitation motivée, remontent aux premiers temps de la République. — On ne sait si cette limite s'appliquait aussi aux magistrats municipaux. — Au delà de cette limite, les magistrats patriciens n'ont le droit d'infliger aucune amende (3). — Il y a également eu pour les tribunaux de magistrats de la dernière période des fixations d'un maximum graduées suivant le rang des magistrats (4).

---

de bétail en amendes de 500 et de 50 as (cpr. dans le Livre V la Section des peines patrimoniales). — D'après Aulu-Gelle, *loc. cit.*, on admet encore à son époque l'application de l'ancienne formule indiquée plus haut, tandis que Denys, 10, 50, dans son récit du reste incorrect, dit seulement qu'elle est restée longtemps en usage.

(1) La transformation des amendes arbitraires de bétail en amendes pécuniaires d'après l'équation ci-dessus indiquée est rattachée à la loi Julia Papiria de 324/430 (Cicéron, *loc. cit.*, Tite-Live, 4, 30, 3). — Comme il a plu aux annalistes de mentionner déjà pour l'année 278/476 une peine pécuniaire, Denys (9, 27) en a conclu qu'à cette occasion les peines pécuniaires ont été transformées en amendes de bétail.

(2) Le chapitre de la *lex Acilia repetundarum*, dont la rubrique seule est conservée, (l. 45) : *judices multam supremam debeant* ne doit pas être entendu vraisemblablement d'une *multa* légale, mais il ordonne au magistrat qui dirige l'instance d'infliger au juré en cas de contravention une amende (peut-être même immédiatement la plus haute). Pline, *Ep.*, 5, 9 (21), nous rapporte l'application d'une *multa* de ce genre faite contre un juré sur le fondement de la *lex repetundarum*.

(3) La *multa* consulaire dont parlent Diodore, 29, 14, p. 575 pour l'année 567/187 et Tite-Live, 42, 9, 3 pour l'année 582/172, a dû être précisément la *maxima*, mais en fait a été à cette époque surtout une peine contre l'honneur.

(4) *Dig.*, 2, 5, 2, 1 : *si quis in jus vocatus non ierit,... a competenti judice pro jurisdictione judicis damnabitur.* D'après les constitutions du IVe siècle, le *praefectus praetorio* inflige des amendes jusqu'à 50 livres d'or, le gouverneur de province jusqu'à 1/6 de livre d'or = 12 *solidi* (*Cod.*, 1, 54, 4. 6, *pr.* ; cpr. 7, 64, 5 ; Cassiodore, *Var.*, 6, 3, 7 : *magna quantitate multas errantes*).

(52) Amende plébéienne.

10. Le droit de prononcer des amendes, qui appartient aux tribuns et aux édiles de la plèbe auxquels les édiles curules ont été assimilés plus tard, rentre en général, de même que la juridiction capitale plébéienne, dans le droit pénal en tant que la *multa* frappe un délit prévu par la loi et est soumise à la provocation au peuple. Mais il appartient aussi à ces magistrats comme moyen de coercition pour l'exercice de leur juridiction ou de leur quasi-juridiction (1). Le droit de prononcer des amendes qui compète au grand pontife sur les prêtres qui lui sont soumis et celui qui appartient aux commissaires chargés des assignations de terres publiques pour leur juridiction sont de même valeur. Tous ces magistrats ne pouvaient pas satisfaire à leurs obligations sans avoir le droit d'infliger des peines pécuniaires; celui-ci doit leur avoir été concédé par des lois spéciales. Abstraction faite de ce que, lors de ces attributions, des fixations de maximum les plus diverses ont pu avoir lieu (n. 1), il est arrivé aussi dans ces concessions que l'appel aux comices, réservé à proprement parler à la juridiction, a été partiellement étendu aux amendes prononcées en vertu du pouvoir de coercition. On peut prouver que cela s'est produit pour les amendes infligées par le grand pontife. En effet, on lui a attribué le droit, ordinairement réservé aux magistrats, d'entrer en communication avec le peuple, mais on ne lui a accordé cette faculté que pour ces amendes vraisemblablement illimitées. Quant aux magistrats chargés des assignations de terres publiques, on se plaint dans un cas déterminé qu'ils aient été investis du droit d'infliger des amendes — on ne dit pas si c'est d'une manière limitée ou illimitée — sans être soumis à la provocation (2); on peut en conclure

(1) Tacite, *Ann.*, 13, 28 (cpr. *St. R.*, 2, 512 sv. [*Dr. publ.*, 4, 209 et sv.] parle des amendes tribuniciennes sous le Principat et des maxima fixés sous Néron en matière d'amendes pour les diverses catégories d'édilité.

(2) Cicéron, *De l. agr.*, 2, 13, 33 : *datur* (aux décemvirs de la loi agraire de Servilius) *cognitio sine consilio, poena sine provocatione, animadversio sine auxilio.* Donc les moyens de coercition — certainement le droit d'infliger des amendes et peut-être aussi l'emprisonnement — sont soustraits dans cette juridiction tant au recours aux comices qu'à l'appel aux tribuns de la plèbe.

que dans les autres cas ils ont reçu ce pouvoir avec la même restriction que le grand pontife. — Quant à la question de savoir si, parmi les amendes édiliciennes élevées que l'on rencontre fréquemment et qui conduisent à la provocation, il y en a qui ont été infligées en vertu d'un pouvoir de coercition, nous ne pouvons la trancher ; il est possible que les édiles aient eu, dans une certaine mesure et sans loi pénale spéciale, (53)
la liberté d'infliger des peines pécuniaires sous réserve de la possibilité d'un appel au peuple (1).

Prise de gage.

11. L'amende en nature, ou d'après la désignation romaine la prise de gage (*pignoris capio*), va complètement de pair avec l'amende pécuniaire (2) ; elle consiste dans la saisie et la destruction d'un objet du patrimoine de celui qui est condamné à une amende (3). Il est probable qu'on avait songé dans cette procédure à la destruction du vêtement et d'autres choses semblables, mais on est allé dans cet ordre d'idées

---

(1) Le seul cas connu d'une injure dirigée contre la communauté et punie par la voie criminelle est celui de l'action édilicienne intentée contre la sœur du consul P. Claudius Pulcher 505/249 (Aulu-Gelle, 10, 6, et autres textes ; *St. R.*, 2, 492 [*Dr. publ.* 4, 186]) à cause de ses propos antipatriotiques ; il est d'une part tout à fait inconciliable avec la notion de crime d'État ; (Suétone, *Tib.*, 2, le nomme : *novo more judicium majestatis apud populum* ; Valère Maxime, 8, 1, *damn.*, 4, appelle l'accusée : *insons crimine quo accusabatur*) ; il est d'autre part le seul cas où un acte immédiatement dirigé contre l'État est puni par les édiles. Ce récit ne se fonde certainement sur aucune loi spéciale et la *multa* ne peut donc être considérée que comme coercitive. Sans doute les Romains ont bien senti que reconnaître au magistrat un droit de punir qui ne se fonde pas sur une loi positive, c'est ruiner la base de tout État constitutionnel et que la possibilité de la provocation devant le peuple ne change rien à cette situation. En admettant qu'un tel pouvoir des édiles ait jamais existé et que la procédure rapportée plus haut, pour laquelle on peut tenir compte que le coupable est une femme, n'est pas uniquement un acte d'arbitraire, c'est un titre de gloire pour la République romaine de n'avoir pour ainsi dire pas fait usage de ce pouvoir.

(2) Par exemple, dans la loi Quinctia sur les aqueducs (Frontinus, *De aq.*, 129). Autres preuves, *St. R.*, 1, 160 [*Dr. publ.*, 1, 183].

(3) Sur le droit de saisir des gages qui appartient à certains créanciers par dérivation du droit des magistrats, cpr. *St. R.*, 1, 160 [*Dr. publ.*, 1, 184]. La saisie des denrées prohibées par la loi somptuaire est apparentée à cette institution (Suétone, *Caes.*, 43).

beaucoup plus loin, on a même permis la démolition de la maison (1). A l'époque impériale, des fixations de maximum ont eu lieu pour cette amende en nature (2).

Procédure d'appel.

Comme la décision du magistrat, qui applique la coercition, n'est pas une condamnation pénale (p. 41, n. 2) mais un acte d'administration, il en résulte d'abord que les conséquences juridiques désavantageuses qui se lient à la sentence criminelle ne se produisent jamais ici, et qu'en outre la suppression de la peine, dans la mesure où la nature de celle-ci le permet, peut être provoquée par la voie administrative. Cela se manifeste à l'époque ancienne pour la coercition capitale (p. 49), plus tard notamment pour les amendes pécuniaires :
(54) l'appel peut être interjeté et la remise de la peine peut être sollicitée des autorités administratives supérieures, du sénat romain et des sénats municipaux, tant pour celles qui sont infligées par les magistrats romains (3) que pour celles qui sont appliquées par les magistrats municipaux (4). Dans ce

(1) Denys, 8, 87. Cicéron, *Phil.*, 1, 5, 12. Ce droit apparaît encore à l'époque impériale en cas de délit militaire (p. 48, n. 3).

(2) Tacite, *Ann.*, 13, 28.

(3) C'est pour cela que sous Néron l'ordre fut donné (Tacite, *Ann.*, 13, 28) aux questeurs de n'inscrire dans le livre public les amendes infligées par les tribuns de la plèbe qu'à l'expiration des quatre mois après lesquels elles sont exigibles ; jusque-là une contradiction (*contra dicere*) peut être élevée contre elles (auprès des consuls et du Sénat). Pline, *Ep.*, 5, 9 (21), nous parle de la remise d'une amende infligée à un juré par le préteur des concussions. Cela n'est évidemment pas un appel au sens juridique du mot. De même, aux *Dig.*, 49, 3, 2 : *appellari a legatis* (plutôt *legato*) *proconsul potest et si multam dixerit, potest de iniquitate ejus proconsul cognoscere et quod optimum putaverit statuere*, il ne semble pas qu'on ait pensé à l'appel proprement dit, mais à la suppression de l'acte administratif d'un subordonné par son supérieur ; toutefois dans ce cas il y a certainement empiétement réciproque de l'appel et de l'instance administrative l'un sur l'autre.

(4) Droit municipal de Malaca, c. 66 : *multas in eo municipio ab IIviris praefectove dictas, item ab aedilibus, quas aediles dixisse se apud IIviros ambo alterve ex iis professi erunt, IIvir qui j(ure) d(icundo) p(raerit), in tabulas communes municipum ejjus municipi referri jubeto. Si cui ea multa dicta erit aut nomine ejjus alius postulabit, ut de ea ad decuriones... referatur. De ea re decurionum judicium esto, quaeque multae non erunt injustae a decurionibus... judicatae, eas multas IIviri in publicum municipum, ejjus municipii redigunto.* Abstraction faite de ce point que le duumvir s'occupe ici des affaires qui

sens les jurisconsultes postérieurs opposent encore la *poena*, c'est-à-dire la *multa* prononcée comme peine d'un délit par une condamnation ayant force de chose jugée, à l'amende coercitive qui dépend de l'arbitraire du pouvoir administratif (1).

Telle est la coercition romaine, le droit de contrainte, complément et pendant du droit pénal. De même que la procédure pénale est l'application de la loi morale de l'État, de même la coercition est l'exercice de la puissance suprême de l'État, l'*imperium* sans lequel il n'y a pas de discipline civique et par conséquent pas d'État.

---

incombent à Rome au préteur et aux questeurs, ces règles s'appliquent aussi complètement à Rome.

(1) Paul, *Dig.*, 50, 16, 244 : *de poena provocatio non est, simul atque enim victus quis est* (c'est-à-dire par un jugement ayant force de chose jugée) *ejus maleficii, cujus poena est statuta, statim ea debetur ; at multae provocatio est nec ante debetur quam aut non est provocatum aut provocator victus est.* L'établissement des éléments de la cause (pour lequel le jugement attaquable ne suffit pas) exclut l'appel en cas de condamnation pénale, mais non pas en cas de décision coercitive.

SECTION V

LA LOI PÉNALE ET LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT PÉNAL ROMAIN

(55) Peine et loi pénale.

Dans la discipline domestique, dans le droit de la guerre, dans la coercition il y a un tort, une recherche et une punition de ce tort, il y a aussi une puissance juridiquement supérieure au coupable qui impose le châtiment ; on peut donc parler dans ces domaines d'une peine, mais non pas d'un droit pénal. Chacun s'y fait, selon son temps et son caractère, une conception personnelle du tort moral ; le jugement sur le point de savoir si les éléments du tort sont réunis n'est pas moins individuel ; la fixation de la compensation due à raison de la faute dépend plus encore de l'appréciation de chacun. Si le chef de la *domus*, le général, le détenteur urbain de l'*imperium* punit, il y a toujours et nécessairement là un acte d'arbitraire. Mais l'arbitraire n'est pas l'injustice. L'expiation de la *noxa*, lorsque le père abandonne le fils coupable à la victime et lorsque la communauté livre le citoyen coupable au voisin lésé, et la juridiction criminelle royale sur les transfuges et les meurtriers sont des actes de justice qui s'imposent. Il ne faut pas oublier que le chef de la *domus* était également père et que, parmi les sept rois, il y en eut six qui furent des souverains équitables.

L'exercice de la discipline domestique par le conseil des proches et l'application des pactes internationaux par le col-

lège fécial (1) ne sont pas des actes de juridiction au sens formel du mot, mais ils sont certainement accomplis au moins (56) avec la même conscience que l'administration de la justice légalement réglée. Les notions de faute et de peine sont aussi vieilles que l'humanité et ne sont pas apparues pour la première fois avec la loi pénale. Mais le roi, qui d'après les conceptions juridiques romaines sépare le juste de l'injuste sans être lié par une loi pénale, peut commettre des iniquités dans l'exercice de ses fonctions suprêmes et par là les perdre. L'arbitraire royal n'est possible qu'autant qu'il s'exerce équitablement ; en cas d'application inéquitable, la souveraineté du roi s'effondre et est remplacée par celle de la loi.

Liens de la magistrature.

Le droit pénal apparaît, lorsque la loi d'État (2) — et sous

---

(1) C'est la fonction des féciaux κἂν ἀδικεῖσθαί τινες ὑπὸ Ῥωμαίων ἔνσπονδοι λέγοντες τὰ δίκαια αἰτῶσι, τούτους διαγινώσκειν τοὺς ἄνδρας εἴ τι πεπόνθασιν ἔκσπονδον et φυλάττειν, ἵνα μηδένα Ῥωμαῖοι πόλεμον ἐξενέγκωσι κατὰ μηδεμιᾶς ἐνσπόνδου πόλεως ἄδικον (Denys, 2, 72). Ils constituent le tribunal pour les rapports internationaux et s'appellent aussi *judices* (Cicéron, *De leg.*, 2, 9, 22; Denys, 2, 72, 5), mais en apparence ils n'ont sans doute pas d'autre mission que de donner leur avis aux consuls.

(2) Au point de vue de cette notion même il faut renvoyer au droit public. La conjecture d'après laquelle l'époque royale a connu la notion de loi, c'est-à-dire l'idée d'un précepte liant le roi lui-même, ne se concilie pas avec la conception d'une puissance royale juridiquement absolue, telle que la formulent les jurisconsultes romains. Le fait que le roi Servius dit chez Denys, 4, 36 : αὐτὸς ἐξηταζόμην πρῶτος οἷς ὥρισα κατὰ τῶν ἄλλων δικαίοις ὥσπερ ἰδιώτης πειθόμενος, qu'il est appelé chez Tacite, *Ann.*, 3, 26 : *sanctor legum, quis etiam reges obtemperarent* en est une confirmation ; car la constitution de Servius n'est que l'image reproduite après coup de la constitution républicaine et n'en est même séparée dans le temps que par le règne d'un souverain inique. Nous ne pouvons pas dire si cette conception est exacte. Les prétendues lois royales, en tant qu'elles contiennent des prescriptions juridiques, sont sans doute par essence du droit coutumier fixé par écrit et peuvent à ce titre être traitées comme lois. — A l'époque républicaine, abstraction faite de cette coutume, la loi coïncide avec les résolutions du peuple, ainsi qu'il a été expliqué dans le *St. R.*, 3, 300 et sv. [*Dr. publ.*, 6, 1, 341 et sv.]; la loi pénale n'apparaît nulle part comme une catégorie spéciale. — Sous le Principat, abstraction faite des résolutions populaires de la première époque, il n'y a pas de législation proprement dite, mais simplement des modifications des anciennes résolutions populaires et des dispositions rendues pour des cas concrets et ayant une force égale à la loi (*St. R.*, 2, 905 et sv. et 3, 1228 et sv. [*Dr. publ.*, 5, 185 et sv. et 7, 456 et sv.]. A partir de Dioclétien et de Constantin la législation reprend son rôle actif, ainsi que le prouve pour le droit pénal l'appa-

ce terme nous comprenons la source équivalente de la coutume — pose des limites à l'arbitraire de celui qui est investi du pouvoir de punir, c'est-à-dire du juge compétent. La loi désigne objectivement les actes immoraux, contre lesquels il faut intervenir au nom de la communauté et défend du même coup une pareille intervention contre tous les autres actes. La loi organise la procédure de recherche dans sa forme positive ; la loi fixe pour chaque délit la compensation convenable. Le droit pénal public romain commence avec la loi Valéria qui soumet la condamnation à mort, prononcée par le magistrat contre le citoyen romain, à la confirmation du
(57) peuple ; le droit pénal privé débute avec la prescription, qui enlève au préteur la sentence pénale définitive et ne lui laisse plus que la faculté de rendre un jugement conditionnel, laissant à des jurés le soin de remplir la condition. Désormais il n'y a plus à Rome de délit sans loi criminelle, de procédure pénale sans loi de procédure et de peine sans loi répressive (1). L'arbitraire du magistrat n'est aucunement supprimé ; même maintenant celui-ci peut, dans la mesure où s'appliquent d'une part le droit de la guerre et d'autre part la coercition urbaine, châtier à son gré sans que rien soit fixé quant au délit, quant à la procédure et quant à la mesure de la peine ; mais il y a actuellement, à côté de cette coercition libre, une juridiction réglementée.

On assigne à cette juridiction pénale, lorsqu'elle est prise au sens restreint du mot, un domaine étroit au regard de la coercition pénale. Le caractère urbain du droit public romain implique que la procédure pénale formelle ne peut avoir lieu que dans la ville de Rome ; mais l'idée que la procédure pénale publique n'est établie que contre le citoyen et

---

rition de l'hérésie et du rapt comme nouvelles catégories de délits, mais elle ne s'est pas élevée au-dessus d'un travail de réformation fragmentaire.

(1) Paul. *Dig.*, 50, 16, 131, 1 : *poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita est.* La *multa* coercitive forme contraste avec cette règle (p. 45, n. 1).

l'homme, tandis qu'elle est exclue au regard des non citoyens et des femmes, ne se concilie pas avec l'essence du droit. En droit civil, même dans la partie des délits, l'évolution du droit romain a fait sauter de bonne heure cette barrière ; le droit pénal public avec la coercition illimitée comme complément nécessaire et dans son union constante avec les tribunaux de la capitale est resté bien en arrière du droit civil. Par suite de l'établissement de tribunaux civils tant dans les villes italiques que dans les provinces, l'action délictuelle privée a été étendue à l'Italie comme aux provinces ; par contre, non seulement la procédure pénale publique des magistrats et des comices est demeurée limitée à la ville de Rome aussi longtemps qu'elle a existé, mais la procédure des *quaestiones* qui l'a remplacée n'a été complètement transportée avec son organisation de jurys qu'à l'Italie, elle ne l'a été qu'imparfaitement aux provinces. Il en est résulté que, même encore à l'époque impériale, la procédure provinciale, tout en s'étant rapprochée de la procédure pénale ordinaire et lui ayant emprunté la définition des délits, la mesure des peines et les règles procédurales essentielles, ne s'est cependant jamais complètement émancipée du système de la coercition. Lorsque plus tard les jurys disparurent et les formes de procédure se (58)
confondirent, ce fut moins la coercition qui céda la place à la juridiction que la juridiction à la coercition.

Avant d'exposer dans leur généralité la notion de délit qui doit servir de base aux développements postérieurs et les théories de la personne, de la volonté, du fait, il nous paraît convenable de retracer, ne fût-ce que dans un court tableau, les débuts et les grandes lignes de l'évolution du droit pénal romain. Les preuves à l'appui de ces explications ne sont pas données dans la présente Section, le Livre entier les fournit dans la mesure où en général elles peuvent être données ; car, pour des exposés tels que celui qui est ici tenté, l'historien doit réclamer la faculté reconnue à l'artiste de faire d'abord une esquisse de son œuvre et de l'exécuter ensuite.

Disparition de l'état originaire.

Pour l'étude des débuts du développement de l'humanité, il n'y a pas de nation qui nous offre aussi peu de renseignements traditionnels que la nation italique, dont le seul membre parvenu au développement historique est la Rome latine. Non seulement, au moment où la vraie documentation commence, la ville de Rome est une organisation sociale très développée, sérieusement influencée même par la civilisation supérieure des Grecs, et la tête d'une puissante confédération de villes unies par une nationalité commune ; non seulement nous n'avons pas sur la situation ancienne de Rome de renseignements provenant d'une source non romaine ; mais, pour les Romains eux-mêmes, la période préhistorique est comme anéantie et on cherche en vain dans le monde de leurs divinités informe et hostile aux fables et dans les légendes juridiques de leurs chroniques, qui malgré leur forme narrative ont un caractère rigoureusement rationnel, des souvenirs de la période de naissance et de croissance. Ce peuple, arrivé à l'âge viril, ne se retourne pas vers l'époque de son enfance. Cela n'exclut pas la possibilité de découvrir dans certaines limites les débuts de cet Etat, le plus puissant de la civilisation antique ; mais comme les récits des peuples étrangers et les légendes nationales nous refusent ici pour ainsi dire tout renseignement, nous en sommes réduits plus que partout ailleurs, à déduire, notamment dans le domaine du droit public et du droit privé romain, du développement postérieur des institutions leur état originaire.

Le tort causé à la communauté et le tort causé au concitoyen, que la science du droit romain, même dans sa dernière période, n'est parvenue qu'imparfaitement à réunir dans le domaine général du droit pénal, apparaissent dans une connexité d'autant moins grande qu'on remonte davantage dans le passé. Dans le stade le plus ancien du droit pénal, l'intervention se produit exclusivement en cas de dommage causé à la communauté.

(59) Le tort causé à la communauté réclame que celle-ci se fasse justice tant contre l'ennemi du pays que contre le con-

Débuts du droit pénal public.

citoyen, animé des mêmes sentiments que l'ennemi et agissant comme lui ; l'assimilation de ces deux catégories basée sur l'idée que le droit de cité est perdu par le seul fait de la défection a été de tout temps et est demeurée jusqu'à la dernière époque le fondement du crime d'État. Le droit de se faire justice à soi-même permet de détruire l'ennemi ; le prisonnier de guerre peut être mis à mort comme le traître. Cette justice directe est exercée par le magistrat, tantôt comme général, tantôt comme détenteur d'un droit de coercition illimité. Mais l'application de cette justice à l'ennemi n'exige de sa part aucune manifestation spéciale d'hostilité ; le fait qu'il n'appartient pas à la communauté romaine justifie par lui-même l'application du droit de la guerre. Au contraire, se pose dans le même cas au regard du citoyen la question de faute, la *quaestio* ; le magistrat procède à l'examen de ce point et c'est là le commencement de la procédure pénale ; peu importe que le magistrat la tranche souverainement ou que, faisant ce à quoi il n'est pas naturellement obligé mais qu'il a le droit de faire, il abandonne au peuple la faculté ou d'opérer, au profit de celui qui a été reconnu coupable d'une atteinte à la communauté, une remise de la peine de mort ou de laisser appliquer la sentence. Le magistrat a le droit de soumettre l'ennemi prisonnier à une instruction et de le traiter dans certains cas avec plus de douceur ; mais il n'est pas obligé à la « *quaestio* » et le peuple n'a jamais à se prononcer sur la grâce ; tout élément fait ici défaut pour l'élaboration de règles juridiques, aussi n'y a-t-il eu aucun travail de ce genre sur ce terrain.

Des plus anciens délits publics.

La justice que la communauté se fait à elle-même, c'est-à-dire le droit pénal public, s'est tout d'abord appliquée contre le citoyen qui fait cause commune avec l'ennemi, donc contre le transfuge ou le traître. Cette intervention s'étendit en outre à la soustraction des biens des temples, au vol du bétail de la communauté, au dommage causé aux édifices et aux chemins publics. Il y eut une époque où la communauté ne faisait même que se protéger contre l'ennemi extérieur ou

intérieur. Il y eut donc un temps où, pour employer la terminologie romaine, l'*imperium* du magistrat se restreignait à la conduite de la guerre et à l'exercice de la coercition pendant la paix, et où par suite il n'y avait pas de droit pénal au sens précédemment indiqué. Nous pouvons nous représenter sous cet aspect l'état de choses existant sous les rois viagers
(60) et plus tard, après le renversement de la royauté, sous la dictature du début de la République, qui n'est qu'une restauration temporaire de l'ancien pouvoir royal.

Extension du droit pénal public aux actes qui troublent la paix publique.

Le droit pénal public des Romains a déjà dépassé ces limites étroites dans un temps qui est pour nous préhistorique. L'idée, qu'en cas de dommage causé à un particulier le soin d'infliger le châtiment appartient tout d'abord à la victime et à ses parents, a été certainement admise par l'ancien droit romain, comme elle l'a été d'une manière générale par toutes les législations primitives. Mais la règle, d'après laquelle les méfaits qui tout à la fois préjudicient à un particulier et menacent la sécurité publique doivent être recherchés et punis d'office comme causant un tort à la communauté, a été posée en droit romain, avant le temps où nous apprenons à la connaître, pour le meurtre de l'homme libre (1), pour le crime d'incendie volontaire, pour le vol de la récolte sur pied et pour la satire chantée en public. Déjà, dans la loi des XII Tables, au delà de laquelle notre connaissance ne remonte pas, tous ces torts apparaissent comme crimes publics (2) et pour eux toute trace d'intervention, soit de la victime elle-même soit des membres de sa *gens*, a disparu, de telle sorte que la soumission des *gentes* à la cité devait être déjà un fait accompli, lorsque la loi fut rendue. Le délinquant de cette catégorie n'est pas regardé comme un ennemi et n'est pas privé du droit de cité par le seul accomplissement du fait punissable ; mais il est traité d'office de la même manière qu'un ennemi,

(1) L'extension de la notion de meurtre au faux témoignage dans le procès capital et vraisemblablement aussi à la rapine peut également appartenir déjà au droit des XII Tables.

(2) Les questeurs permanents n'ont à s'occuper que de ces crimes.

avec cette seule différence qu'en cas de crime d'État proprement dit la notoriété du fait punissable dispense fréquemment de l'instruction, tandis que celle-ci a ordinairement lieu pour les autres crimes publics que nous avons mentionnés. Le meurtrier et le voleur de moisson sont, comme le transfuge et le traître, frappés de la peine de mort au nom de la communauté.

Débuts du droit pénal privé.

Comme on l'a déjà dit, à Rome le particulier auquel un tort a été causé a dû incontestablement au début prendre lui-même sa revanche. S'il était esclave, ce soin appartenait à son maître. Et, s'il n'arrivait pas à se faire justice seul, il exerçait la vengeance avec l'aide de ses proches ou laissait ceux-ci l'exercer seuls. La ligne de démarcation entre le tort causé à la communauté et celui qui est causé à un particulier peut être très différemment tracée. A l'époque où le meurtre, l'incendie (61)
et maints autres méfaits passèrent, de la catégorie des délits privés à laquelle ils avaient dû appartenir au début dans celle des délits publics, on ne trouve déjà plus dans le domaine désormais restreint des délits privés, qui embrasse notamment toutes les atteintes à la propriété, l'intervention des *gentes* qui n'avait certainement pas fait défaut à l'origine. Ce changement était déjà réalisé dans le droit des XII Tables. Toutefois cette partie du droit pénal repose bien sur l'idée de justice privée; cela ressort clairement de ce que tous les délits, qui ne sont pas principalement dirigés contre la communauté, sont nécessairement commis contre une personne qui peut demander réparation ou pour laquelle réparation peut être demandée. Ce que l'on a coutume d'appeler dommage causé à la chose d'autrui [*Sachbeschädigung*] n'est au sens juridique du mot qu'un dommage causé au propriétaire; vis-à-vis de la chose comme telle il n'y a pas de délit possible. Nous exposerons à propos du meurtre que, conformément à ce principe, ce délit ne pouvait pas au début être commis contre un esclave. Mais dans le droit développé, où le meurtre est réprimé d'après les règles du droit public, on fut amené logiquement à abandonner cette conception et l'acte accompli contre l'esclave fut puni comme un dommage causé à la communauté.

La procédure de transaction du droit privé.

Le droit privé place à côté de la justice privée la transaction conclue pour en écarter l'application. Évidemment ce pacte est aussi vieux que le tort privé et la vengeance, et il implique aussi un tribunal arbitral constitué par l'accord des deux parties. Il en résulte également la notion d'une indemnité approximative fixée par un pacte, c'est-à-dire d'après l'ancienne terminologie (p. 13) les notions de *damnum* et de *poenae*.

L'État intervient dans cette transaction en interdisant à la victime de se faire justice à elle-même et en renvoyant les parties, en l'absence de composition volontaire, à un tribunal arbitral nommé par lui et chargé de provoquer une transaction que l'État impose et qui de la sorte est obligatoire. On s'en tient ici encore à l'idée de la solution du litige par l'accord des parties; car le tribunal arbitral prononce d'abord un jugement préalable sur la question de fait, c'est-à-dire sur l'existence et l'étendue du dommage prétendu et laisse aux parties, lorsque cette sentence est rendue à l'encontre du défendeur, le soin
(62) de transiger sur le montant de l'indemnité. Si cet accord se produit, le tribunal absout; si l'entente n'est pas réalisée, il condamne.

Limites de la transaction obligatoire dans le droit des XII Tables.

Mais ce système de transaction n'a pas encore pénétré complètement dans le droit des XII Tables. En cas d'appropriation injuste de choses mobilières appartenant à autrui — le très ancien droit ne connaissait pas, en effet, la propriété individuelle pour le sol — le droit des XII Tables exclut la transaction obligatoire, si le vol est manifeste. Lorsque le volé ne consent pas spontanément à la transaction, le tribunal prononce la peine de mort contre le coupable, s'il est esclave, et l'attribue en propre au volé, s'il est un homme libre. Cette aggravation de la peine dans le cas où le voleur est pris sur le fait est surprenante et peu en harmonie avec la notion fondamentale du délit au point de vue moral; mais il faut la rattacher moins à un besoin de vengeance, particulièrement fort dans ce cas, qu'à l'effort fait par le législateur pour empêcher la vengeance privée, si naturelle ici, en laissant la peine

de mort possible même en cas de recours aux tribunaux. Contre le voleur convaincu du délit d'une autre manière, c'est-à-dire dans le cas de beaucoup le plus fréquent, la loi des XII Tables consacre la transaction obligatoire avec accroissement de l'indemnité au double. Celui auquel cette satisfaction était offerte devait l'accepter ; celui qui ne pouvait pas la fournir était traité comme tout autre débiteur insolvable. On voit ici apparaître tout à la fois la grande douceur du droit romain vis-à-vis du délinquant et sa terrible dureté vis-à-vis du débiteur.

En cas de blessure corporelle faite à un homme libre (1) et de dommage causé à la chose d'autrui, délits qui forment dans la loi des XII Tables une notion générique sous le nom d'injure (*injuria*), cette loi exclut légalement le système de la transaction obligatoire dans le cas le plus grave, dans celui de la mutilation de l'homme libre; si la victime l'exige, le tribunal permet au nom de l'État que le délinquant soit traité par voie de justice privée d'après la règle : « comme tu as agi contre moi, j'agis contre toi » (2), suivant en cela l'exemple de ces prétendues cours d'honneur qui, dans le retour actuel de notre nation vers la barbarie, permettent le duel. Pour tous les autres délits de cette catégorie la transaction est obligatoire.

On reconnaît clairement dans ces règles les derniers restes (63)
d'un état juridique plus ancien, dans lequel il paraissait juste et équitable que le volé tuât le voleur ou se l'appropriât, que celui qui avait subi un dommage dans son corps ou dans ses biens mutilât à son tour le coupable ou le frappât ou lui détruisît ses biens, mais où en même temps le pardon et la transaction intervenaient pour atténuer la rigueur du droit. Ce régime peut remonter à l'époque où le droit pénal privé se réduisait à la discipline domestique; en fait, ces règles ont dû trouver

Transformation des peines privées.

(1) L'injure verbale ne paraît pas avoir été traitée comme fait punissable par la loi des XII Tables, abstraction faite de la chanson diffamatoire rangée parmi les délits publics.

(2) *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto. Talio de talis, qualis.*

spécialement leur application, vis-à-vis des personnes privées de liberté, en vertu du droit public ou même simplement en vertu du droit privé. — Il est évidemment impossible de décider dans quelle mesure cet état juridique primitif a été modifié par la coutume ancienne ou ne l'a été que par la loi des XII Tables elle-même. Il n'est pas invraisemblable que ce Code ait déjà trouvé préexistantes en substance les règles qu'il reproduit, et qu'on n'ait à attribuer aux décemvirs que la transformation des amendes de bétail en amendes pécuniaires (p. 56, n. 2) et une autre réforme, étroitement liée à celle-là, consistant à désigner, par voie d'emprunt à la langue grecque, ces amendes pécuniaires comme *poenae* (p. 13). L'indication, digne de foi au point de vue historique, que vingt ans plus tard la même transformation a été réalisée par une loi pour la *multa* coercitive (p. 57, n. 1), rend naturelle la conjecture que les Décemvirs ont trouvé en vigueur dans le droit privé le système de la composition obligatoire et ont simplement modifié le mode de paiement.

Les magistrats pour la coercition et la juridiction.

Envisagée au point de vue procédural et entendue au sens très large du mot, la procédure pénale rentre dans le pouvoir du magistrat, c'est-à-dire dans l'*imperium*, et y est comprise en partie comme coercition, en partie comme juridiction. La coercition et l'action pénale publique qui en est sortie sont une procédure purement inquisitoriale sans parties, restreinte plus tard par l'instance en grâce devant les comices, instance qui doit être admise pour certaines peines en vertu d'une prescription législative. Dans la juridiction le magistrat et plus tard le juré fonctionnent comme arbitres et leur jugement définitif jouit de la force exécutoire. La coercition, à laquelle se rattache le commandement militaire, et la juridiction, qui appartient au régime de la paix, sont les deux parties d'un même tout. Elles apparaissent réunies dans l'*imperium* royal et dans l'*imperium* consulaire originaire ; elles se présentent avec prédominance de la coercition dans l'*imperium* du dictateur et dans celui du consul après l'introduction de la préture ; elles se retrouvent enfin avec prédominance de la juridiction dans

l'*imperium* du préteur, dans celui du censeur et dans celui des magistrats municipaux. Malgré la séparation, l'unité de l'*imperium* se fait ici sentir : la juridiction a été légalement interdite au dictateur et aux consuls de la période récente, mais (64)
ils ont gardé la juridiction qu'on appelle gracieuse et qui à proprement parler n'en est pas une ; on n'a pas non plus enlevé au préteur le commandement militaire, mais on ne le lui a conféré que dans la mesure où cela était nécessaire et à titre de fonction accessoire ; et le préteur, comme le censeur et les magistrats municipaux, a conservé la coercition indispensable pour l'exercice de la juridiction entre les particuliers ou entre la communauté et un citoyen.

Procédure des *quaestiones*.

La transformation de la procédure pénale des magistrats et des comices en procédure des *quaestiones* ne consiste en substance que dans la répression du délit public suivant les formes de la procédure du droit privé, d'une part en considérant l'action comme un procès entre la communauté et l'accusé, d'autre part en réglant la représentation de la communauté et en rapprochant la procédure avec jury de celle qui avait lieu devant les comices, par la substitution de grands collèges au juré unique et au petit tribunal de récupérateurs, et plus spécialement par l'attribution de la présidence à un magistrat.

Procédure pénale de l'époque impériale.

A l'époque impériale, à côté de l'ancienne procédure pénale des magistrats et des comices qu'on retrouve modifiée dans la cour consulaire-sénatoriale, on voit renaître devant le tribunal impérial la procédure originaire dépendant uniquement du magistrat, ou, ce qui est la même chose, la coercition originaire des magistrats à l'exclusion d'une coopération directe ou indirecte du peuple. Cette coercition a par des progrès successifs absorbé la procédure consulaire sénatoriale, celle des *quaestiones* et l'action délictuelle privée, d'une part en maintenant les rôles des parties comme procédure d'accusation et, d'autre part, en supprimant ces rôles dans la procédure de cognition.

SECTION VI

LA PERSONNE

Conditions de la peine.

La notion de délit repose sur la nature morale de l'homme. C'est surtout dans le sentiment personnel du devoir, c'est-à-dire dans la conscience de l'individu, que se trouve la mesure permettant de déterminer les manquements à la conduite qui s'impose à l'homme. Cette notion de devoir, aux limites imprécises et indépendante de toute idée de contrainte extérieure, reçoit de l'État une détermination positive et une sanction ferme : la loi pénale est la loi morale promulguée par l'État. Nous avons ici à établir ce point d'une manière générale et à exposer les conditions de tout acte punissable, à savoir la capacité de la personne d'agir et d'être punie, la volonté requise pour le délit et les caractères du fait délictuel, sauf à revenir en détail à propos des délits spéciaux sur les éléments particuliers qui les constituent.

La personne.

L'homme, en tant qu'il est soumis à la loi morale et appartient à un État déterminé, est assujetti à la loi pénale, quelle que soit sa condition juridique. Nous allons maintenant énumérer les cas dans lesquels la responsabilité délictuelle est absolument exclue et ceux où le coupable ne peut être puni, parce qu'il a cessé d'appartenir à un État déterminé. Bien que la responsabilité délictuelle et la capacité d'être puni forment deux notions distinctes, nous les réunissons ici dans un même exposé pour des raisons de commodité.

1. Il n'y a pas de responsabilité délictuelle pour les objets inanimés. Contrairement à ce qui s'est passé chez des peuples à l'imagination plus vive, les Romains n'ont jamais fait comparaître en justice la hache qui a causé un dommage à une personne. Par contre, en vertu d'une conception économique primitive naïve et caractéristique pour les États qui admettent l'esclavage, la personnalité avec sa conséquence, l'imputabilité, a été étendue aux animaux domestiques. Ceux-ci sont, (66) comme les esclaves, soumis aux règles et à la discipline de la *domus* et toute quasi-action de ces êtres qui s'écarte de ces règles permet de mettre en cause la responsabilité du propriétaire par voie d'action noxale. Cette conception, propre aux Romains et à laquelle ils restèrent attachés, avec la ténacité qui leur est propre, jusque dans la dernière époque, s'applique uniquement (1) aux dommages causés au corps et à la chose d'autrui ; nous pouvons par conséquent en renvoyer l'examen à la Section du Livre IV où il est traité de ces délits.

Esclaves et animaux.

2. Le mort est également soustrait à la responsabilité délictuelle. La mort ne fait pas disparaître le délit, mais rend impossible en droit pénal privé l'application de la peine au délinquant. La revanche et la vengeance ne peuvent être exercées que sur une personne vivante (2). Cette règle s'étend au meurtre et à l'incendie volontaire et en général à tous les délits qui ne sont pas dirigés directement contre l'État ; en cas de meurtre et d'incendie volontaire, la règle que la mort rend le châtiment impossible a été conservée même après que ces délits eurent été transportés dans la procédure pénale publique (p. 68) (3). C'est dans cette mesure que s'est réalisée à

Morts.

(1) L'extension aux animaux domestiques de la capacité d'être puni apparaît aussi dans le droit pénal public pour le cas où l'on a déplacé une borne en labourant (Festus, p. 368) ; mais cette règle appartient aux lois primitives, encore toutes dominées par des conceptions religieuses.

(2) Gaius, 4, 112 : *est... certissima juris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriae.*

(3) *Dig.*, 48, 1, 3. 6, *tit.* 16, 15, 3, *tit.* 19, 20, où cette règle est justifiée

l'époque historique en droit pénal la suppression de la peine par la mort du délinquant. Pour délimiter le domaine des créances délictuelles et des créances non délictuelles, il n'y a pas de criterium plus sûr que le rejet ou l'admission du transfert de l'action aux héritiers (p. 5). Cette loi subit cependant les restrictions suivantes :

a. La règle ne s'applique pas au délit public de l'époque primitive, c'est-à-dire à celui qui est dirigé directement con-
(67) tre l'État ; l'exécration produit ses effets au delà de la tombe et l'interdiction de l'inhumation, la destruction du tombeau, et surtout l'exécration de la mémoire peuvent avoir lieu même après la mort. Même plus tard, en cas de procès de *perduellio* — mais non pas dans tout procès de lèse-majesté — et en cas d'hérésie, on s'écarte de la règle généralement en vigueur dans le droit criminel, d'après laquelle la peine s'attache au jugement ou à ce qui lui est assimilé (aveu, suicide) et on antidate ici la condamnation de telle façon que la peine y semble plutôt être la conséquence immédiate du délit. Par suite, cette procédure peut, en tant qu'elle déclare la possibilité antérieure de punir un fait, être commencée même après la mort du coupable et entraîner toutes ses conséquences juridiques au point de vue de l'honneur et du patrimoine (1). Comme les conséquences juridiques relatives à l'honneur ne peuvent être déduites que d'un procès à proprement parler délictuel, cette procédure doit être considérée ici comme une procédure pénale contre le mort. Quant aux conséquences patrimoniales, on les fait valoir par une action civile contre les héritiers ou les autres intéressés.

b. Si le procès pénal, lorsqu'il se déroule entre des parties

---

par l'idée que la peine a pour but d'améliorer l'homme (p. 2, n. 3). Elle s'applique aussi en droit postérieur à l'accusé recherché (*Dig.*, 48, 17, 1, 4) et en général à celui qui est condamné en première instance (*Dig.*, 28, 1, 13, 2. 49, 13, 1, *pr. tit.* 14, 9. *Cod.*, 7, 66, 3. 9, 6, 6) ; la procédure, lorsqu'il s'agit d'une confiscation de patrimoine, doit cependant dans certaines circonstances être continuée.

(1) V. pour les détails le Livre IV à propos de la *perduellio* et de l'hérésie.

a été commencé et conduit du vivant de l'accusé jusqu'à la *litis contestatio* (1) ou jusqu'à un acte équivalent, il est considéré comme conditionnellement tranché et est poursuivi après la mort du défendeur contre ses héritiers; la portée en est alors restreinte aux conséquences patrimoniales du délit prétendu. Cette règle s'étend au délit privé et dans la procédure pénale publique au procès avec accusation. Elle est inapplicable à la procédure pénale par voie d'inquisition ou de cognition.

c. L'action pour cause de concussion (*repetundae*) n'est pas (68)
par son origine délictuelle, elle est une *condictio* fondée sur l'enrichissement injuste. Elle peut donc être intentée même contre les héritiers (2).

d. L'action de vol ne passe pas comme telle contre les héritiers; mais par une fiction juridique qui procède vraisemblablement de cette idée que les héritiers du voleur ne doivent pas être mieux traités que ceux du débiteur, on accorde au particulier volé, et de même à l'État en cas de péculat, comme s'ils étaient créanciers à raison d'un contrat, une ac-

(1) *Lex Acilia repetundarum*, l. 29 : [*de judicio in eum quei mortuos e*]*rit aut in exilium abierit. Quojum nomen ex h. l. delatum eri*[*t, sei is ante mortuos erit... aut in exili*]*um abierit, quam ea res judicata erit, pr*(*aetor*)... [*eam*] *rem ab eis item quaerito* (la suite est perdue). Paul, *Dig.*, 44, 7, 33 : *constitutionibus, quibus ostenditur heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri quasi lite contestata cum mortuo.* Modestin, *Dig.*, 48, 2, 20 : *ex ceteris vero delictis* (à l'exclusion des crimes de lèse majesté et de concussion) *poena incipere ab herede ita demum potest, si vivo reo accusatio mota est, licet non fuit condemnatio secuta.* Ulpien, *Dig.*, 48, 4, 11 : *is qui in reatu decedit, integri status* (donc exclusion de l'infamie) *decedit ; extinguitur enim crimen mortalitate.* Dioclétien, *Cod.*, 4, 17, 1 : *post litis contestationem eo qui vim fecit vel concussionem intulit vel aliquid deliquit defuncto successores ejus in solidum, alioquin in quantum ad eos pervenit conveniri juris absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur.* Cpr. *Dig.*, 28, 1, 13, 2. 49, 13, 1. *Cod.*, 7, 66, 3. — Cette règle repose dans la procédure de droit privé sur cette idée que la *litis contestatio* est une condamnation conditionnelle, tandis que la sentence des jurés est non pas à proprement parler un jugement, qui ne peut même être prononcé que par le magistrat, mais l'accomplissement de la condition. Elle a été transportée de la procédure de droit privé dans celle des *quaestiones*, où il n'y a pas à proprement parler de *litis contestatio*.

(2) Le surplus à propos des *repetundae*.

tion ayant pour objet la valeur de la chose volée, qu'on appelle la *condictio furtiva* et qui est donnée contre le voleur et ses héritiers (1).

e. L'enrichissement qu'un *de cujus* a tiré de son délit et qui parvient à ses héritiers peut être repris à ces derniers en faveur de la victime (2), ou, lorsque cela n'est pas possible, en faveur de l'État (3).

Exilés. 3. La procédure pénale romaine est également inapplicable à celui qui est en dehors du domaine de la juridiction romaine. Celle-ci s'étend au citoyen romain, même s'il se trouve à l'étranger, et à l'étranger séjournant en territoire romain. Elle ne régit donc pas les étrangers qui vivent à l'étranger, et le citoyen romain ne peut s'y soustraire qu'en abandonnant d'une part le sol romain (*solum vertere*) et qu'en s'attachant d'autre part, comme citoyen ou de telle autre manière qui détruit son droit de cité romain, à un État reconnu par Rome
(69) et formellement indépendant (4). Cet acte du citoyen romain constitue « l'émigration », l'*exilium* ou, lorsqu'on l'envisage au point de vue de son rôle postérieur dans la vie politique,

---

(1) Le surplus à propos du vol.

(2) Cette règle formulée à l'occasion de l'enrichissement que procure au père le vol du fils (*Dig.*, 15, 1, 3, 12) peut être étendue à d'autres cas par voie d'analogie.

(3) *Dig.*, 3, 6. 5. *pr.* : *est constitutum turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur, ut puta ob falsum vel judici ob gratiosam sententiam datum et heredi extorquebitur et si quid aliud scelere quaesitum.* *Dig.*, 48, 1, 6 : *defuncto eo qui reus fuit criminis et poena extincta in quacumque causa criminis extincti debet is cognoscere, cujus de pecuniaria re cognitio est.* 48, 10, 12. 49, 14, 9. *Cod.*, 4, 17. 1 (p. 77. n. 1).

(4) Nous supposons ici connu le rôle de l'*exilium* au point de vue du droit public (*St. R.*, 3, 48 et sv. [*Dr. publ.* 6, 1, 53 et sv.]. Le droit de cité romaine, que le citoyen n'a pas le droit d'abandonner directement, est perdu par l'incompatibilité qui existe entre ce droit et la subordination à un autre État reconnu par Rome comme autonome au sens complet du mot, c'est-à-dire par l'immigration (*solum vertere*) et par l'acquisition qui en résulte du droit de cité et du droit à être protégé dans cet autre État. Cette extinction du droit de cité, dont il n'est question en droit pénal qu'à propos de l'*exilium*, s'accomplit sur le fondement des traités existants sans coopération ni de la communauté de laquelle on sort, ni de celle dans laquelle on entre.

le bannissement spontané (1), pour nous servir de l'expression de Polybe. C'est le lieu d'exposer ici comment s'accomplit cet acte important pour le droit pénal. Il faut distinguer à cet égard l'émigration du citoyen qui n'est pas encore engagé dans un procès, l'émigration au cours d'un procès intéressant le patrimoine et l'émigration au cours d'un procès capital (2).

a. Celui qui passe de la manière indiquée plus haut de la juridiction romaine dans une autre juridiction reconnue par les Romains ne peut être poursuivi, à raison d'une dette contractée ou d'un délit commis avant l'émigration, que devant le tribunal dont il relève actuellement, en supposant qu'aucune procédure romaine n'ait été engagée à cet égard avant l'émigration. Évidemment l'affaire échoit au tribunal romain, dès que l'émigré rentre sur le territoire romain et il n'est pas non plus impossible, comme on le montrera dans la Section IX, que la communauté romaine demande de la communauté, à laquelle l'émigré appartient désormais, l'extradition, si aucun traité ne s'y oppose. Si l'extradition est accomplie (70)
et si l'extradé retombe ainsi sous la juridiction romaine, le procès a lieu à Rome ; mais si le tribunal romain n'est pas compétent au moment où le procès est intenté, il n'y a ni action publique ni action privée qui soit possible. — Il est

---

(1) 'Εκούσιος φυγαδεία : Polybe, 6, 14. Cicéron, *Pro Caec.*, 34, 100 : *exilium non supplicium est, sed perfugium portusque supplicii ; nam quia volunt poenam aliquam subterfugere aut calamitatem, eo solum vertunt, hoc est sedem ac locum mutant. Itaque nulla in lege nostra reperietur, ut apud ceteras civitates, maleficium ullum exilio esse multatum, sed cum homines vincula neces ignominiasque vitant, quae sunt legibus constitutae, confugiunt quasi ad aram in exilium, qui si in civitate legis vim subire vellent, non prius civitatem quam vitam amitterent*. L'acception de ce mot, dont il est traité plus loin au Livre V, alterne certainement déjà chez Cicéron avec l'acception postérieure. car cette époque connait à côté du bannissement volontaire le bannissement à titre de peine (les deux sont distingués de la manière la plus précise dans Cicéron, *De domo*, 27, 72 : *exilium... est turpe... si est poena damnati*).

(2) Ulpien, *Dig.*, 47, 2, 41, 3 : *si quis post noxam admissam hostium servus fuerit factus, videndum est, an extinguatur actio (furti). Et Pomponius scripsit extingui actionem et si fuerit reversus, postliminio vel quo alio jure renasci eam actionem debere ; et ita utimur*. Il va de soi que le *postliminium* en annulant le changement de propriété en supprime aussi les effets, le principe n'est pas moins clair pour cela.

vraisemblable que l'interdiction du toit, de l'eau et du feu, dont il sera bientôt question, était également permise dans ce cas ; cependant nous n'avons aucune preuve de l'application de cette peine aux exilés de cette catégorie.

Exilium du débiteur.

b. Celui qui, au cours d'une action privée contractuelle ou délictuelle ou d'un procès comitial ayant pour objet de l'argent ou d'un procès devant les *quaestiones*, sortait de la juridiction romaine, échappait à la condamnation personnelle ; le tribunal romain ne pouvait pas dans ce cas prononcer l'addiction du débiteur qui ne payait pas, mais il envoyait l'ayant-droit en possession du patrimoine de celui-ci (1). Cet expédient a certainement été souvent utilisé par des personnes menacées de la banqueroute ; il est mentionné dans les *judicia recuperatoria* intentés en 583/171 pour cause d'exaction contre les gouverneurs des provinces d'Espagne et préparant contre eux la procédure des *repetundae* (2) ; c'est le même procédé que vise la loi sur les *repetundae* du temps des Gracques pour le cas d'insolvabilité de l'accusé (3). Comme dans les procès en question le défendeur était entièrement libre, ni le demandeur ni le tribunal ne pouvaient l'empêcher d'émigrer hors de la juridiction romaine, ce qui, comme nous l'avons déjà fait remarquer, exige un changement de domicile en fait. Il n'est pas prouvé que des désavantages juridiques se soient attachés à cet exil, en dehors de la condamnation et de la faillite qui sont inévitables dans ce cas, et il n'est pas vraisemblable que des mesures générales aient été prises contre le retour de cette catégorie d'émigrants ; il est toutefois possible que des prescriptions de ce genre aient été posées vis-à-vis de certains d'entre eux, notamment contre ceux qui s'étaient soustraits de cette manière à une peine personnelle.

---

(1) Parmi ceux dont les créanciers peuvent saisir le patrimoine, l'édit du préteur nomme celui *qui exilii causa solum verterit* (Cicéron, *Pro Quinctio*, 19, 60).

(2) Tite-Live, 43, 2, 10.

(3) P. 77, n. 1. Festus, *Ep.*, p. 81 : *exilica causa quae adversus exulem agitur* se rapporte sans doute aussi à cette question.

Exilium du délinquant.

c. Si nous nous occupons maintenant de l'hypothèse où un procès capital était pendant, il faut remarquer ici que l'arrestation de l'accusé lui enlevait, d'après ce que nous venons de dire, la possibilité d'émigrer; mais cette arrestation a vraisemblablement jusqu'au dernier siècle de la République dé- (71)
pendu dans le procès capital comitial de l'arbitraire du magistrat qui dirigeait la procédure. Si ce dernier à l'époque ancienne s'abstenait fréquemment de recourir à l'arrestation et si plus tard il ne lui était plus permis d'y faire procéder, on peut bien voir là comme une invite faite par le magistrat ou la législation à l'accusé de provoquer un adoucissement de la procédure pénale en s'exilant spontanément. Quand, au cours d'un procès capital, l'accusé avait la possibilité de changer de juridiction et en changeait réellement de la façon indiquée plus haut, le tribunal romain n'avait pas plus la faculté de prononcer ici la peine de mort qu'il n'avait dans le cas précédent celle de condamner à une amende, parce qu'un tel jugement eût été sans objet ou eût constitué un empiétement sur la souveraineté de l'État allié. Une telle solution suppose à vrai dire que le traité d'alliance de Rome avec l'État en question n'établissait pas, ce qu'il aurait pu faire, d'exceptions pour des émigrations de ce genre, et qu'en outre à défaut de clauses pareilles la communauté romaine n'avait pas demandé à titre exceptionnel l'extradition, demande qui, amicalement formulée par un État allié, ne pouvait pas être facilement repoussée. L'émigration de l'accusé, qui garde la liberté pendant le procès, produit, non pas peut-être comme une conséquence juridique absolument nécessaire (1), mais évidemment comme

(1) Nous n'avons aucune preuve sûre que le procès fût continué contre un tel exilé. Tite-Live, 29, 21, 1 : *Pleminium... auditis quae Romae acta essent in exilium Neapolim euntem forte in Q. Metellum... incidisse et ab eo Regium vi retractum tradunt.* Asconius, *In Scaur.*, p. 23 : *L. Tubulus... propter multa flagitia cum de exilio accersitus esset, ne in carcere necaretur, venenum bibit.* Dans le premier cas l'émigration n'est pas accomplie; dans le second cas il est possible qu'on tienne compte de délits postérieurs commis après l'émigration. — La procédure pénale contre le citoyen romain absent, dont il sera traité plus loin, ne doit pas être confondue avec celle contre le citoyen qui a été présent.

conséquence ordinaire, un adoucissement de la peine. Cet exil se présente comme une demande d'indulgence (*excusatio*) fondée sur l'émigration et cette demande est considérée comme adressée non pas au magistrat qui rend la sentence, mais aux comices qui accordent la grâce (1). La procédure se
(72) poursuivait après l'émigration et conduisait à la condamnation ; mais celle-ci se restreignait, comme au cas de mort de l'accusé, à la confiscation du patrimoine, en supposant que cette dernière fût encourue à raison du délit. Un vote du peuple (2) s'y ajoutait au moins fréquemment, peut-être constamment, par lequel on interdisait pour toujours au condamné

Interdiction de l'eau et du feu.

le toit, l'eau et le feu (3). Cette interdiction n'était pas un acte de droit pénal, mais un acte administratif. Admise par l'ancien droit au regard des non citoyens seulement, elle était la défense d'entrer sur le territoire romain, la privation permanente de cette protection juridique accordée en général à l'étranger sur le sol romain, et la menace de traiter

---

(1) Tite-Live, 3, 13, 9 : *judicii die, cum excusaretur (Kaeso Quinctius) solum vertisse exilii causa, nihilo minus Verginio comitia habente collegae appellati dimisere concilium.* 3, 58, 10 : (*decemviri*) *exilii causa solum verterunt ; bona publicata sunt.* 25, 4, 9 : *Postumius vadibus datis non adfuit. Tribuni plebem rogaverunt plebesque ita scivit, si M. Postumius ante kal. Maias non prodisset citatusque eo die non respondisset, neque excusatus esset videri eum in exilio esse* (lequel n'était donc pas prouvé ici, mais supposé) *bonaque ejus venire, ipsi aqua et igni placere interdici.* 26, 3, 12 (cité à tort par moi dans *St. R.*, 3, 49, n. 3. [*Dr. publ.*, 6, 1, 54, n. 1]) : *Cn. Fulvius exulatum Tarquinios abiit ; id ei justum exilium esse scivit plebs.*

(2) Cela paraît être la procédure indiquée par Tite-Live, *loc. cit.* Le procès capital allait aux centuries, il ne pouvait pas être terminé dans la forme d'un plébiscite. La simple expulsion par un magistrat ne liait pas les successeurs de celui-ci.

(3) L'interdiction du toit, de l'eau et du feu (cette formule complète se trouve dans Cicéron, *De domo*, 30, 78 ; Appien, *B. c.*, 1, 31 ; Plutarque, *Mar.*, 29, *Cic.*, 32), ordinairement appelée interdiction de l'eau et du feu, s'attache régulièrement à l'*exilium* du droit criminel. Cette règle est exprimée d'une manière aussi générale dans Festus, p. 1, *v. aqua* et dans les procès de Postumius (p. 82, n. 1) de P. Popillius (Cicéron, *De domo*, 31, 82), de Q. Metellus (Tite-Live, *Ep.*, 69), de Cicéron (*De domo*, 18, 47 et ailleurs). L'*execratio* est liée à cette *interdictio* (*St. R.*, 3, 52 [*Dr. publ.*, 6, 1, 57]). Tous ces procès sont capitaux ; on ne peut prouver et il n'est pas vraisemblable que l'interdiction ait lieu, lorsque l'accusé s'exile au cours d'un procès tendant à une condamnation à une amende.

comme ennemis, en cas de contravention, l'interdit et celui qui le reçevait ou lui donnait un appui quelconque (1). Il est peu probable que cette interdiction soit sortie de la procédure pénale romaine ; suivant toute vraisemblance, elle a bien plutôt été au début un moyen, non seulement de chasser certains étrangers qu'on voulait éloigner une fois pour toutes, mais encore de leur interdire d'une façon énergique le retour sur le sol romain (2). L'abandon du droit de cité n'aurait pas par lui-même empêché l'ancien citoyen de revenir à Rome et d'y vi-
vre d'après le droit qui s'applique aux étrangers. Toutefois si (73)
l'exil spontané avait pour but de soustraire à une peine capitale, le citoyen émigré profitait d'une remise complète de peine, mais était en même temps privé une fois pour toutes de la faculté de rentrer dans sa patrie. — Le développement postérieur du droit pénal nous montre que, dans le mouvement tendant à restreindre l'application de la peine de mort, on s'est principalement servi de cet exil uni à l'interdiction pour écarter la punition complète en lui substituant l'exil volontaire (3). — La disparition de l'interdiction sous le Principat est due d'une manière générale à un régime plus sévère de la justice pénale et à une plus grande rigueur du gouvernement impérial. L'idée de ne pas appliquer la peine légalement encourue, parce que le coupable de Rome transfère son domicile de la capitale à Marseille, s'adapte bien à la juridiction un peu molle des comices ; elle ne s'accorde pas avec l'administration plus rigoureuse de la justice à l'époque postérieure. De même, le principe de la souveraineté des États fédérés, qui permettait de sortir de la juridiction romaine en restant

(1) Les conséquences juridiques de la rupture de ban à la suite d'une interdiction sont traitées dans le Livre V à propos de la peine de mort.

(2) C'est pour cela que la légende fait prononcer l'interdiction pour la première fois contre les habitants de Lavinium, meurtriers du roi Tatius (Denys, 2, 53). Partout ailleurs où l'on rencontre cette interdiction avant le temps de Sylla, elle a lieu contre des non citoyens, notamment contre l'exilé et aussi contre Q. Metellus Numidicus, après qu'il eut perdu le droit de cité pour défaut de prestation du serment exigé.

(3) Polybe, 6, 14.

sous la domination de Rome, n'est plus pris au sérieux sous le Principat (1). — L'interdiction du droit postérieur, c'est-à-dire la relégation hors de l'Italie, peine de la rupture de ban, théoriquement et pratiquement tout à fait distincte du vieil exil et introduite par Sylla parmi les peines applicables aux citoyens, sera examinée dans le Livre V.

Communautés. 4. Sont aussi exclus du droit pénal les sujets de droit pour lesquels la question de moralité ne se pose pas. Cette règle s'applique à toute communauté de plusieurs personnes (2), même quand l'État leur a accordé la capacité d'accomplir des actes juridiques. L'acte, qui au point de vue du droit du patrimoine est regardé comme celui de la corporation, est considéré, au point de vue moral et par conséquent au point de vue du droit pénal, comme l'acte des individus qui y ont concouru, et la peine éventuellement encourue à raison du dol ou de la violence les atteint seuls (3). A vrai dire, en droit religieux et en droit in-
(74) ternational, dans lesquels les idées de procès et de peine sont remplacées par celles de la colère des dieux et de la guerre, la notion de faute a été appliquée par les Romains à leur propre communauté comme à toute autre communauté pleinement ou à demi libre; et si, dans de tels cas, le gouvernement romain s'est contenté de mettre le fait à la charge de certaines

(1) *St. R.*, 3, 703 [*Dr. publ.*, 6, 2, 336].

(2) Quand des notions délictuelles sont appliquées à une communauté, quand par exemple l'insurrection est considérée comme une *vis* du *populus* (*Dig.*, 4, 2, 9, 1), le mot *populus* n'est qu'une désignation abrégée du plus ou moins grand nombre d'insurgés. Le droit pénal ne connait que des citoyens insurgés, mais non pas de cité insurgée.

(3) *Dig.*, 4, 3, 15, 1 : *an in municipes de dolo detur actio, dubitatur; et puto ex suo quidem dolo non posse dari; quid enim municipes dolo facere possunt?... de dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio.* On agit aussi dans ce cas contre les *curiales*; une punition de la curie elle-même est contraire au droit, ainsi que l'exprime, par exemple, Majorien, *Nov.*, 7, 11 : *numquam curiae a provinciarum rectoribus generali condemnatione multentur, cum utique hoc et aequitas suadeat et regula juris antiqui* (qui à vrai dire ne concerne pas cette question), *ut noxa tantum caput sequatur ne propter unius fortasse delictum alii dispendiis adfligentur.*

personnes (1) et demande leur extradition par voie d'entente internationale, afin de les punir d'après le droit romain (point sur lequel nous reviendrons dans la Section IX de ce Livre) ce fait peut toujours être considéré comme celui de la communauté; par suite, si l'on s'attend à une résistance de cette communauté, on lui déclare la guerre, sinon, on la traite d'après les règles de la dédition, on lui inflige une amende pécuniaire (2) ou un retrait de territoire, et on va même jusqu'à prononcer sa dissolution (3). Mais ce sont là des actes d'administration et au besoin de législation. C'est ainsi également que, dans le cas où une communauté romaine doit être traitée d'après le droit de la guerre, la procédure de dédition ne s'applique qu'après l'assentiment des comices (4). Cet acte n'a jamais lieu suivant les formes du droit pénal. Toutefois la communauté pleinement ou à demi libre et en général toute (75)

(1) A titre d'exemple on peut citer ici la procédure contre les habitants de Tusculum en 416/338 (Tite-Live, 8, 14, 4): *Tusculanis servata civitas quam habebant crimenque rebellionis a publica fraude in paucos auctores versum.* Les Annales sont pleines d'autres preuves. On y distingue d'une manière formelle et rigoureuse la faute *publico consilio* (Tite-Live, 1, 24, 8. 6, 6, 5. 8, 23, 5. 21, 18, 6) et la faute de personnes isolées.

(2) Dans ce domaine, c'est-à-dire dans la coercition, rentrent aussi les fautes peu graves. C'est ainsi qu'il faut y classer par exemple l'amende infligée par Agrippa aux *Ilienses* pour conduite irrespectueuse vis-à-vis de son épouse (Nicol. Damasc., *Vit.*, p. 3).

(3) Sur la privation de l'autonomie, cpr. *St. R.*, 3, 687, n. 2. [*Dr. publ.*, 6, 2, 317 n. 2].

(4) Je mentionne également à titre d'exemple le plébiscite proposé en 431/323 contre la cité de Tusculum incorporée à la cité romaine (Tite-Live, 8, 37, 8): *ut in Tusculanos animadverteretur* (par là on entend, comme il est dit plus loin, l'exécution capitale des mâles adultes, la vente en esclavage des enfants et des femmes), *quod eorum ope ac consilio Veliterni Privernatesque populo Romano bellum fecissent.* C'est bien en fait un *judicium populi* dans le sens où Tite-Live, 4, 7, 5 emploie encore cette expression; ce n'est pas une instance devant les magistrats et les comices, mais une loi, comme le prouvent la désignation *rogatio Flavia* et les tournures *ferre ad populum* et *legem antiquare.* La même observation s'applique à la procédure contre la communauté de citoyens de Capoue pendant la guerre d'Hannibal (Tite-Live, 26, 33, 10: *per senatum agi de Campanis, qui cives romani sunt, injussu populi non video posse*). Cela est important pour une conception exacte de la notion de communauté de citoyens romains dépendante : celle-ci garde l'autonomie, en tant qu'une déclaration de guerre est juridiquement possible contre elle.

corporation enrichie par le délit commis par des individus peut être contrainte à restituer cet enrichissement (1).

5. Sont en outre exclues du droit pénal les personnes qui sont dépourvues de la capacité de faire des actes ayant une valeur juridique et auxquelles par conséquent ne s'applique pas la loi morale. Cela a lieu :

Enfants. a. En cas de défaut de puberté. Par nature l'homme n'arrive que lentement à cette capacité de fait ; non seulement l'époque à laquelle on y parvient varie suivant les personnes, mais encore elle diffère suivant les actes punissables. Cet état de choses, qui rendait difficile l'administration de la justice répressive, a conduit dans la loi des XII Tables à la fixation d'une limite par le droit positif, et la capacité d'être puni a été juridiquement liée à la maturité sexuelle et à l'aptitude au mariage (2), quoique les règles relatives à l'admission de la coercition (3) et à celle des dommages et intérêts (4), toutes deux exclues en l'absence de la capacité d'agir, prouvent que déjà dans cette législation cette capacité est traitée comme une pure question de fait. Le droit postérieur a suivi le système ancien, en tant qu'il ne pose pas dans chaque cas particulier, pour ceux qui d'après la règle précitée doivent être considérés comme capables d'être punis, la question de savoir

(1) *Dig.*, 4, 3, 15, 1. 43, 16, 4.

(2) Pour la controverse sur le point de savoir si la puberté doit être fixée d'après le développement individuel ou si, conformément à l'opinion qui a triomphé de bonne heure, il suffit pour les garçons d'avoir 14 ans accomplis et pour les filles, 12 ans révolus, nous pouvons renvoyer au droit civil.

(3) Elle est ordonnée pour l'hypothèse où l'on fait paître par ses troupeaux les récoltes d'autrui (XII Tables, 8, 8 [Girard, 8, 9] et pour le vol (p. 45 n. 3).

(4) XII Tables, 8, 13 [Girard, 8, 14] = Aulu-Gelle, 11, 18, 8 : *pueros impuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri.* Il ne peut être question de *noxia* s'il n'y a aucune faute ; la disposition ne peut se comprendre qu'en ce sens que le père doit alors réparer le dommage, sans pouvoir se libérer par la *noxae datio*. S'il s'agit d'enfants qui ne sont pas en puissance, ils sont personnellement tenus de l'obligation d'indemniser.

s'ils ont eu conscience de commettre un délit ; du moins cette préoccupation n'apparaît-elle pas dans nos sources juridiques (1). Par contre, la disposition de l'ancien droit, d'après (76)
laquelle une peine proprement dite ne peut être prononcée pour un fait commis avant l'arrivée de la puberté, n'a été maintenue qu'au regard de la peine de mort (2) ; ailleurs, la peine est admise ou exclue, suivant qu'on établit ou non dans chaque cas concret que l'auteur a eu l'intelligence de son acte (3). On constate simplement un fait, et l'on ne formule pas une prescription positive, lorsqu'on déclare que la question de savoir, si l'*infans*, c'est-à-dire l'enfant au dessous de sept ans accomplis, a la capacité de fait, ne doit jamais être soulevée (4) et lorsqu'on affirme qu'après cet âge la punition doit être considérée comme permise, mais ne doit pas être facilement prononcée (5) quand l'enfant est près de cette limite. Dans tous les cas, on recherche si l'enfant a ou non compris qu'il commettait un délit (6).

(1) Sans doute toute peine a pour condition le dol; mais nulle part il n'est relevé que le défaut de maturité d'âge postérieurement à la puberté puisse exclure le dol. Quant à l'atténuation de la peine pour les mineurs, il en sera question à propos du taux des peines.

(2) *Dig.*, 21, 1, 23, 2 : *Pomponius ait neque impuberem neque furiosum capitalem fraudem videri admisisse.* Cette règle juridique devient odieuse lorsqu'on l'applique strictement (Dion, 37, 6 : καὶ ἄλλα τε... πολλὰ παρηνομήθη — par les triumvirs — καὶ παιδίσκον τινὰ ἐς ἐφήβους ἐσήγαγον, ἵν' ὡς ἐς ἄνδρας ἤδη τελῶν ἀποθάνῃ), elle se présente à nous d'une manière particulièrement révoltante dans l'exécution de la fille de Séjan (Tacite, *Ann.*, 5, 9 ; Dion, 58, 12), où l'obstacle juridique n'était certainement pas la virginité, mais le jeune âge.

(3) Le principe est exprimé de la manière la plus saillante par Alexandre Sévère, *Cod.*, 9, 47, 7 : *impunitas delictis propter aetatem non datur, si modo in ea quis sit, in quam crimen quod intenditur cadere potest.* C'est de cela et non de l'atténuation de peine que parle aussi Paul, *Dig.*, 50, 17, 108 : *fere in omnibus poenalibus judiciis et aetati et imprudentiae succurritur;* les deux notions doivent être réunies.

(4) *Dig.*, 9, 2, 5, 2. 47, 2, 23. 48, 8, 12.

(5) La mention que l'*admodum impubes* n'encourt pas facilement une peine (*Dig.*, 47, 12, 3, 1), tandis que le *proximus pubertati* est facilement puni (Gaius, 3, 208 ; *Dig.*, 4, 3, 13, 1. 44, 4, 4, 26. 50, 17, 111 *pr.*), n'est aussi qu'énonciative. Il est aisé de comprendre que surtout en cette matière on ne fixe pas une limite d'âge précise.

(6) Il faut établir si l'impubère accusé est capable de concevoir le délit (*doli capax* : *Dig.*, 47, 8, 2, 19. tit. 10, 3, 1 ; *injuriae capax* : *Dig.*, 9, 2, 5,

(77) Malades d'esprit. b. En cas de maladie mentale. La maladie mentale supprime la capacité d'agir ; l'acte de celui qui est troublé mentalement ne peut dans aucun cas être traité comme délit (1). La science du droit romain ne s'engage dans les difficiles problèmes psychologiques qui se présentent ici que dans la mesure où elle reconnaît, en cas de troubles intermittents, la capacité de faire pendant les intervalles lucides (2).

c. D'après les conceptions romaines, la capacité d'agir ne peut pas être supprimée par d'autres états d'âme, comme par l'ivresse ou la passion. Ceux-ci peuvent sans doute diminuer la responsabilité morale; nous les examinerons à ce point de vue dans le Livre V à propos de la fixation de la peine.

Actes licites. 6. Enfin les actes commandés par le devoir ou permis par la loi ne peuvent pas faire l'objet d'une répression. Il en est ainsi :

a. Pour les actes accomplis en vertu d'un devoir obligatoire pour l'auteur ou en vertu d'un ordre qui le lie. Lorsque le magistrat agissant dans les limites de sa compétence prescrit un acte à celui qui lui doit obéissance, celui qui commande

---

2; *ejus aetatis, ut rei intellectum capere possent. Dig.*, 29, 5, 14). Cette règle est formulée à propos du vol (Gaius, 3, 208 = *Inst.*, 4, 1, 18; *Dig.*, 9, 2, 5, 2. 47, 2, 23. 50, 17, 111, *pr.*) ; de la rapine (*Dig.*, 47, 8, 2, 19) ; de l'injure (*Dig.*, 47, 10, 3, 1. 50, 17, 111 *pr.*), du dommage causé à la chose d'autrui (*Dig.*, 9, 2, 5, 2. 47, 2, 23. 50, 17, 111 *pr.*) ; du dommage causé aux tombeaux (*Dig.*, 47, 12, 3, 1); de l'action de dol (*Dig.*, 4, 3, 13, 1) ; du faux (*Dig.*, 48, 10, 22, *pr.*), avec cette remarque que ce délit ne convient pas bien à cet âge; elle est également posée pour les délits en matière monétaire (*C. Th.*, 9, 21, 4 = *C. Just.*, 9, 24, 1, 6) ; l'extension de l'action de meurtre réalisée par le sénatus-consulte Silanien était expressément écartée vis-à-vis de l'esclave impubère, la pratique judiciaire le soumit cependant dans certains cas à cette action (*Dig.*, 29, 5, 14). Dans la matière de la violence la loi exige la puberté (*Dig.*, 48, 6, 3, 1).

(1) Cela est reconnu pour le parricide : *Dig.*, 1, 18, 13, 1. 1. 14. 48, 9, 9, 2 ; — pour l'homicide : *Dig.*, 29, 5, 3, 11.48, 8, 12 ; — pour le crime de lèse-majesté : *Dig.*, 48, 4, 7, 3 ; *Cod.*, 9, 7, 1 ; — pour l'injure : *Dig.*, 47, 10, 3, 1 ; — pour le dommage causé à la chose d'autrui : *Dig.*, 9, 2, 5, 2.

(2) Reconnu au point de vue du droit pénal : *Dig.*, 1, 18, 14. Sans doute il faut supposer aussi la santé pour l'époque du châtiment.

et celui qui obéit échappent à toute peine (1). — Il en est de même pour tout acte commandé par le devoir (2), par exemple pour la défense de l'officier par les soldats, du maître par son esclave (3). — L'ordre du maître à l'esclave n'est pas assimilé à celui du magistrat, parce que l'esclave est soumis aux lois de l'État et que le maître ne peut le délier de leur (78)
observation (4). Au contraire, en cas de délit commis de cette manière, le maître et l'esclave sont plutôt considérés comme co-auteurs (5). Cependant l'ordre du maître n'a pas seulement pour effet d'atténuer la peine de l'esclave (6), elle le libère même de la peine en cas de délit peu grave (7). — L'acte accompli par le fils de famille sur l'ordre de son père est traité de la même manière (8).

b. Des actes en eux-mêmes délictuels, comme le meurtre, la violence, l'injure, le dommage causé à la chose d'autrui, peuvent paraître légitimes lorsqu'ils ont lieu pour repousser un mal menaçant. Toutefois, cette résistance étant permise dans des conditions différentes suivant la nature du tort à repousser, comme cela est le cas, par exemple, pour l'homicide à titre

---

(1) *Dig.*, 9, 2, 37, *pr.* : *liber homo si jussu alterius manu injuriam dedit, actio legis Aquiliae cum eo est qui jussit, si modo jus imperandi habuit; quod si non habuit, cum eo agendum est qui fecit. Dig.*, 50, 17, 167, 1 : *qui jussu judicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, quia parere necesse habet.* De même, *Dig.*, 50, 17, 169, *pr.* L'homicide d'un insurgé est appelé légitime, parce qu'il est accompli *jussu consulum* : *Rhet. ad Herennium*, 1, 15, 25.

(2) *Dig.*, 49. 16, 6. 8.9.

(3) *Dig.*, 29, 5,1, 18.

(4) Cependant la *noxa* doit ici disparaître de telle sorte que dans ce cas l'esclave ne peut pas être poursuivi après l'affranchissement (*Dig.*, 44, 7, 20; cpr. 9, 4, 2, 1).

(5) Vol : Sabinus chez Aulu-Gelle, 11, 18, 24. *Dig.*, 9, 4, 2, 1. 1. 3. 1.4, 2. 44, 7, 20. — Injure : *Dig.*, 47, 10, 17, 7. — Dommage causé à la chose d'autrui : *Dig.*, 9, 2, 44, 1. 1. 45, *pr.*

(6) Ainsi en cas de violence : *C. Th.*, 9, 10, 4 = *C. Just.*, 9, 12, 8, 1 et en cas de violation de tombeaux *C. Th.*, 9, 17, 1.= C. Just. 9, 19, 2. Quintilien, dans un exercice de rhétorique : 9, 2, 88, traite ainsi le fratricide commis par le fils sur l'ordre de son père.

(7) *Dig.*, 43, 24, 11, 7 = 50, 17, 157, *pr.* ; *ad quaedam quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si... dominis... obtemperaverint.* 44, 7, 20.

(8) *Dig.*, 3, 2, 11. 4.

de légitime défense, permis dans ce cas à d'autres conditions que l'usage de la violence, nous traiterons de la légitime défense à propos des différents délits comme d'une cause exclusive du caractère délictuel.

c. L'état de nécessité ne justifie pas tout délit, il justifie du moins celui de dommage causé à la chose d'autrui. Nous en parlerons utilement à propos de ce dernier délit.

Inégalité juridique personnelle des citoyens et des non citoyens.

En deçà des limites qui viennent d'être indiquées, la personne est soumise aux lois de la morale et de sa propre conscience ainsi qu'au droit pénal. La condition personnelle, le sexe, les rapports de famille, la situation dans la cité peuvent être pris en considération très diversement pour les notions de délit et pour la procédure pénale; mais, abstraction faite des cas que nous avons signalés plus haut, toute personne est capable de commettre un délit et est soumise à la loi pénale. Il n'y a même aucune différence entre la liberté et l'esclavage au point de vue de la capacité délictuelle; la réduction de
(79) l'homme libre en esclavage (1) et l'acquisition de la liberté par l'esclave modifient bien en cas de faute délictuelle la forme de l'action judiciaire, mais non pas cette action elle-même. — Il faut néanmoins préciser au regard du non citoyen et notamment de l'esclave quelle est la capacité de la personne en matière de délits; et il faut aussi, au point de vue de l'égalité juridique, indiquer quelle est la situation du magistrat suprême, notamment sous le Principat.

La capacité délictuelle de tout homme responsable et soumis à la souveraineté de la communauté est le fondement sur lequel repose le droit pénal romain, depuis le jour où il a fait l'objet d'une construction théorique. Il y a cependant pour la répression des délits entre la femme, l'étranger et l'esclave d'une part et le citoyen romain d'autre part une différence originaire, qui s'est bien atténuée au cours de l'évolution du droit romain, mais qui n'a jamais été supprimée. Il y a eu

---

(1) *Dig.*, 4, 5, 2, 3 : *nemo delictis exuitur, quamvis capite minutus sit.*

une époque où le citoyen romain seul était sujet de droit, où aucune place n'était accordée à la femme dans l'organisation publique de la communauté, où l'étranger libre ne recevait la protection du droit tout au plus qu'à titre exceptionnel dans la mesure où il y avait entre sa patrie et la communauté romaine un traité lui assurant cette protection et où surtout l'esclave n'était juridiquement protégé, comme tout autre objet du patrimoine, que par considération pour le propriétaire. Le droit pénal romain ne s'est jamais complètement affranchi de cette conception originaire, d'après laquelle non seulement l'esclave, mais aussi le non citoyen et même la femme romaine, sont privés de droits. Le droit pénal légal devient au cours des temps le même pour tous; mais la coercition qui existe à côté du droit pénal, c'est-à-dire l'arbitraire du magistrat, n'est soumise que vis-à-vis du citoyen romain aux limites que nous exposerons dans la Section IV. La mise à mort du citoyen, accomplie sur l'ordre du magistrat romain en violation du droit de provocation, est dans tous les cas un crime capital; celle du non citoyen et surtout celle de l'esclave peuvent être un abus de pouvoir, mais la théorie ne les a fait rentrer que tardivement dans la notion de meurtre et cette conception s'est toujours difficilement fait accepter en pratique (1). Cette infériorité n'a pas été supprimée par l'extension à ces personnes (80)
de la capacité délictuelle et de la procédure pénale. Au regard du non citoyen homme libre, elle apparaît d'une manière moins frappante et s'atténue peu à peu; le pouvoir absolu de disposer de cette personne, qui appartient encore au magistrat d'après les Verrines, a été en quelque sorte endigué sous le

(1) Cela se manifeste de la manière la plus claire dans les Verrines. L'orateur, qui exagère ici difficilement, nous décrit dans le procès des capitaines de vaisseaux l'abus de pouvoir le plus grave qu'on puisse imaginer; mais, ce qui est punissable aux yeux de la loi romaine, ce sont, comme Cicéron nous le dit expressément (5, 50, 133, cpr. c. 67, 172) les manquements de Verrès à ses devoirs d'officier, non les meurtres judiciaires commis par lui. Ce cas rentrait sans doute dans le crime de lèse-majesté et même dans celui de perduellion; mais il n'y avait pas de lo pénale pour l'exécution capitale des non citoyens (p. 41).

Principat, et cela a eu surtout lieu indirectement par l'exercice d'un contrôle plus rigoureux sur les fonctionnaires. Mais il n'y a eu de modification radicale à cet égard que par la transformation progressive de la qualité de sujet de l'empire en celle de citoyen romain. A l'époque républicaine, nous trouvons en Sicile des prescriptions de gouverneurs de provinces interdisant aux esclaves le port des armes sous peine de mort (1), et, sous le Principat, nous rencontrons en Égypte des prescriptions du même genre rédigées en termes généraux (2). Les procédures pénales qui eurent lieu en Bithynie, en Gaule, en Afrique contre des non citoyens accusés d'appartenir à la religion chrétienne ne cadrent pas avec les formes relativement rigoureuses de la procédure pénale contre les citoyens ; elles appartiennent au domaine de la coercition illimitée.

Inégalité juridique des esclaves.

C'est surtout à propos de la personne non libre que l'absence de droits exerce encore maintes fois dans le droit développé son influence sur les règles du droit pénal. Peu importe qu'elle soit simplement soumise à une puissance domestique ou esclave, elle est aussi capable au point de vue délictuel que l'homme libre. Le délit s'attache ici complètement à la personne ; c'est ce que montre notamment la règle juridique, d'après laquelle en cas de délit de ce genre l'action est intentée contre celui auquel l'esclave appartient au moment de l'exercice de l'action (3), et en cas d'affranchissement, contre l'ancien esclave lui-même (4). — L'inefficacité juridique de la volonté délictuelle qui se produit ici fréquemment, n'a aucune importance en droit pénal ; l'esclave ne peut pas s'enrichir, parce qu'il est incapable d'avoir un patrimoine, mais il peut vouloir s'enrichir, il est par conséquent capable de commettre

(1) Cicéron, *Verr.*, 5, 3, 7.

(2) L'édit du préfet d'Égypte, 6, Avillius Flaccus de 29/30 ap. J.-C., publié récemment par Nicole (*Revue de Philologie*, 22 a. 1898, p. 18), interdit le port des armes (μαχαιροφορία) sous peine de mort en se rattachant aux règles du vieux droit territorial (Cpr. Philon, *In Flacc.*, 11). Dans cet édit, le citoyen romain n'est pas expressément exclu, mais est difficilement visé.

(3) *Noxa caput sequitur* : Paul, 2, 31, 8. 9. *Dig.*, 2, 9, 2, *pr.*, 47, 1, 1, 2. tit. 2, 18. l. 41, 2. l. 62, *pr.*

(4) *Dig.*, 16, 3, 1, 18. 44, 7, 14. *Cod.*, 4, 14, 4.

un vol. D'ailleurs partout où font défaut au regard de l'esclave les conditions de fait requises pour le délit, le procès et la peine, le délit disparaît nécessairement, le procès et la peine sont modifiés. C'est ainsi que l'esclave ne peut pas commettre d'inceste, parce qu'il n'a pas de parenté juridique. L'esclave peut commettre un vol même contre son maître et la chose volée (81) est dans ce cas insusceptible d'être usucapée; mais l'action de vol n'est pas ici possible, parce que le demandeur et le défendeur se confondent et que par suite il n'y a pas de plaideurs (1). En cas de délit commis contre des tiers, la forme du procès se modifie : la peine capitale ayant disparu de bonne heure en cas de délit privé même au regard de l'esclave, et une amende ne pouvant être réclamée de l'esclave qui n'a pas de patrimoine, l'action est dirigée, conformément au principe posé plus haut (p. 7), contre le maître pour le contraindre à payer la composition à la place de l'esclave; le maître peut d'ailleurs se soustraire à ce paiement en livrant l'esclave en propriété à la victime; mais, tandis que la procédure pénale privée a reçu dans son application aux esclaves des modifications essentielles, la procédure pénale publique, qui ne connaît pas la composition, fait en apparence peu de distinctions entre l'esclave et l'homme libre (2). La procédure de la cognition (3) et celle de l'accusation (4) peuvent être dirigées aussi bien con-

(1) P. 23, n. 3. Dans la mesure où le fils en puissance est considéré comme *paterfamilias*, notamment au point de vue du pécule *castrense*, cette régle cesse logiquement de s'appliquer (*Dig.*, 5, 1, 4. 47, 2, 52, 4. 5. 6.)

(2) Venuleius, *Dig.*, 48, 2, 12, 3: *si servus reus postulabitur, eadem observanda erunt quae si liber esset ex s. c. Cotta et Messalla cos.* (20 ap. J.-C.). En droit, le maître lui-même peut poursuivre l'esclave par voie de procédure criminelle (p. 23, n. 2). Il est aussi obligé d'exhiber l'esclave à l'accusateur (Alexandre Sévère, *Cod.*, 3, 42, 2: *si criminis alicujus reus servus postulatur, per ad exhibendum actionem produci a domino, non celari debet*). Cpr. *Dig*, 3, 6, 9.

(3) Cette procédure a lieu de plein droit, lorsqu'après le meurtre du maitre les esclaves sont soupçonnés d'avoir commis le crime. Cpr. la Section du meurtre.

(4) Celle-ci a eu notamment lieu en cas d'adultère commis par un esclave, pour agir après la condamnation de celui-ci contre la femme coupable (*Dig.*, 48, 2, 5); cependant la procédure de la cognition parait avoir été aussi admise dans ce cas (*Dig.*, 1, 12, 1, 5).

tre un esclave que contre un homme libre. Pour la défense, il est d'usage d'appeler en justice par ordre du tribunal le propriétaire dont les intérêts sont ici en jeu (1) et de lui permettre de soutenir l'esclave (2). Au point de vue de la répression, la correction domestique et la peine publique prescrite par le droit s'appliquent indépendamment l'une de l'autre; elles ne s'enchevêtrent l'une dans l'autre qu'à titre exceptionnel, ainsi que nous l'exposerons dans la Section I du Livre V. En général, comme nous le montrerons à la fin du même Livre, la servitude entraîne une aggravation de peine. Par conséquent, la peine
(82) s'applique également ici à l'homme sans qu'on tienne compte en principe de la diversité de condition civique. Néanmoins l'application de la procédure pénale publique à l'esclave dans la même forme qu'à l'homme libre est en fait exceptionnelle et sans aucun doute cette procédure, même abstraction faite de la correction domestique, consiste en fait, dans une mesure beaucoup plus large que ne l'indiquent les sources juridiques (3), dans l'exercice que le magistrat fait de son pouvoir absolu.

Rapports du maître et de l'esclave.

La situation juridique de l'esclave s'est aussi modifiée d'une manière particulière sous l'influence de la conception que les Romains se sont faite des relations du maître et de l'esclave qu'ils considèrent comme unis par un lien d'affection et, en outre, par suite de l'appui que l'État a généralement accordé au maître contre l'esclave. Les actes que l'esclave fait contre son maître et qui, accomplis par un homme libre, auraient simplement conduit à une action civile, sont fréquemment punis par ordre de la cité comme s'ils étaient des délits publics. La

(1) Cicéron, *Verr.*, 5, 4, 10 : *domino denuntiatum est.* c. 6, 14 : *jussit... causam dicere dominos.*

(2) *Dig.*, 48, 1, 9. l. 11. tit. 2, 7, 4. tit. 3, 2. *Cod.*, 9, 2, 2.

(3) Dans l'espèce qui nous est rapportée par Papinien, *Dig.*, 48, 1, 14, le père accuse sans raison les esclaves de son gendre d'avoir tué sa fille, mais il échappe à l'infamie qui frappe la *calumnia*, surtout parce qu'il ne s'agit pas là d'un *judicium publicum*. Si, en cas d'*injuria atrox* commise par un esclave, l'action n'est pas possible par suite de l'absence du maître, le juge répressif ordonne dans une procédure de cognition que l'esclave soit frappé de verges. (*Dig.*, 47, 10, 9, 3).

répression exercée contre les esclaves en cas de meurtre du maître est influencée par cette idée que l'esclave doit défendre son maître, comme le soldat son officier, et qu'en pareil cas le sacrifice de sa vie n'est pour lui que l'accomplissement d'un devoir (p. 89, n. 3). Souvent aussi le maître peut, si l'esclave l'offense, appeler l'État à son secours (1); l'arrestation de l'esclave fugitif rentre dans les obligations des magistrats municipaux. Ces règles ne sont en partie que la conséquence d'une conception de l'esclavage jadis jusqu'à un certain point exacte et conservée plus tard à titre d'idéal (2). On peut même se demander si, dans le rapport d'affection qui lie le fils au père et l'affranchi au patron, on n'a pas aussi eu égard à la puissance paternelle et au patronat. A cela s'ajoute l'idée, (83) qu'en cas de fuite d'esclave, il faut nécessairement défendre la cité contre un abus aussi terrible et aussi dangereux. L'exposé détaillé de ces rapports n'appartient pas au droit pénal; mais ceux-ci y font fréquemment sentir leur influence.

Inégalité juridique de la magistrature suprême.

La situation du magistrat suprême n'est pas à proprement parler, d'après les règles romaines, contraire au principe de l'égalité juridique, quoique d'après ces règles le droit pénal ait pour base le pouvoir de contraindre des magistrats et que le magistrat suprême ne soit pas soumis à ce pouvoir. La capacité délictuelle du détenteur de la magistrature suprême reste intacte. Comme nous le montrerons dans la Section I du Livre III, ce magistrat ne peut pas être poursuivi tant qu'il est en fonction, et si sa magistrature est viagère, il est de plein droit

---

(1) Il y en a une preuve caractéristique dans *Dig.*, 48, 19, 38, 4 : *qui se suis nummis redemptum non probaverit, ... domino sub poena vinculorum redditur vel, si ipse dominus malit, in metallum damnatur.*

(2) On doit en droit pénal s'abstenir autant que possible de toute conjecture sur l'époque primitive ; on peut cependant se demander si l'esclavage n'est pas sorti du droit de la guerre et si le maître ne se présente pas au début comme celui qui a sauvé la vie à l'esclave.

affranchi de toute poursuite pendant toute sa vie. Mais il n'en résulte aucunement qu'il n'ait pas la capacité délictuelle et qu'il ne puisse pas être puni : la République repose sur le principe de l'annuité des magistratures ; le *princeps* viager peut durant sa vie perdre ses fonctions volontairement ou involontairement ; enfin le crime qui est le plus à redouter de ces personnes, la *perduellio*, peut donner lieu à une répression judiciaire même après la mort du délinquant. Nous ne pouvons dire si les jurisconsultes romains ont appliqué ces règles au roi (1) ; Auguste a organisé le Principat de telle façon que le souverain peut aussi commettre un tort et qu'il peut être puni après la perte de sa charge (2) ; depuis lors il en a toujours été ainsi. Le Sénat a non seulement déposé l'empereur de son vivant, mais il l'a même condamné à mort après l'avoir déposé et a ordonné l'exécution (3). Souvent aussi il a, après la mort de l'empereur, jugé sa mémoire, ce qui n'est que l'application de la procédure de *perduellio* (4). L'exemption des lois, qui encore d'après les jurisconsultes du troisième siècle ne s'applique qu'aux lois en contradiction avec la gestion de la magis-
(84) trature confiée ou qu'à celles dont cette magistrature a été légalement exemptée (5), s'est, surtout depuis que le droit de dispenser des lois a été attribué non seulement au Sénat mais aussi à l'empereur lui-même, développée dans la théorie de telle façon que le *princeps* peut se libérer des lois par un simple acte de volonté (6) ; mais il ne résulte même pas encore de là que la notion de délit et notamment celle de *perduellio* soient inap-

---

(1) Contre cette application on peut faire valoir que Romulus commandait *ut libitum* (Tacite, *Ann.*, 3, 26) et que le roi Servius dit chez Denys, 4, 36 : δικαίως μέντ' ἂν, εἴ τί μοι τούτων ἡπάρτηται, τῆς ἀρχῆς θ'ἅμα καὶ τῆς ψυχῆς ἀποστερηθείην.

(2) *St. R.*, 3, 750 sv [*Dr. publ.*, 6, 2, 390 et sv].

(3) Suétone, *Ner.*, 49 : *legit se hostem a senatu judicatum et quaeri, ut puniatur more majorum.*

(4) *St. R.*, 2, 1133 [*Dr. publ.*, 5, 445].

(5) Ulpien, *Dig.*, 1, 3, 31. *St. R.*, *loc. cit.* [*Dr. publ.*, *loc. cit.*].

(6) *Si libet, licet ; an nescis te imperatorem esse et leges dare, non accipere? Vita Carac.*, 10. Dion, 53, 18, n'étend pas plus loin la dispense des lois, si même il l'admet aussi étendue.

plicables au souverain. Une pareille conception conviendrait mieux à la monarchie de Dioclétien et de Constantin, dans laquelle l'empereur est la loi personnifiée (1) ; mais elle n'est pratiquement et théoriquement réalisable que dans un fonctionnement rigoureux du principe de la légitimité monarchique ; or l'empire byzantin en décadence en a difficilement assuré l'application avec toutes ses conséquences juridiques (2).

(1) Justinien, *Nov.*, 105, c. 4.

(2) Lorsque Valentinien III dit qu'il est convenable pour l'empereur *legibus adligatum se profiteri* (*Cod.*, 1, 14, 4), il ne pense évidemment qu'à l'obligation morale.

SECTION VII

LA VOLONTÉ

La volonté contraire à la loi.

La notion de délit exige chez la personne capable d'agir une volonté contraire à la loi. Cette règle fondamentale du droit pénal développé est étrangère aux débuts de ce droit ; primitivement, on ne s'occupe que du fait et non pas de l'état d'âme qu'il suppose. L'homme est immolé, qu'il soit un délinquant ou un nouveau né difforme (1) ; quiconque a regardé une vestale nue doit mourir (2) ; le meurtre de l'homme est une faute et réclame une expiation, qu'il ait eu lieu intentionnellement ou non (p. 99, n. 1). Cette ancienne conception n'est pas tout à fait disparue à l'époque où commence notre documentation, c'est-à-dire au temps de la loi des XII Tables ; elle est cependant alors en voie de disparaître. Les amendes infligées à la partie qui succombe dans un procès, à savoir celles du *sacramentum* et des *vindiciae falsae*, sont considérées comme des peines ; mais on ne recherche pas ici s'il y a eu faute, on ne s'inquiète que du fait de la perte du procès. Cependant il semble que la responsabilité soit déjà exclue en cas de dommage causé au corps ou à la chose d'autrui, lorsque toute faute fait défaut ; la même règle s'applique sans doute à l'homicide. Le code des XII Tables décide, certainement par opposition aux règles anciennes, que là où il n'y a pas d'intention

(1) Sur ce point, cpr. Sect. I du Liv. V.
(2) Plutarque, *Num.*, 10 : ὁ ὑπελθὼν κομιζομένων ὑπὸ τὸ φορεῖον ἀποθνήσκει.

mauvaise il doit y avoir une expiation religieuse, mais non une punition (1). Le droit pénal postérieur repose d'une manière absolue sur l'idée qu'il faut pour tout délit une volonté de l'auteur contraire à la loi.

L'illégalité de la volonté a pour condition nécessaire la connaissance du fait d'où résulte l'infraction à la loi ; une erreur de fait à cet égard exclut la répression. Celui qui offense le magistrat sans connaître sa qualité ne commet pas un crime de lèse-majesté ; une relation sexuelle avec une personne qu'on ignore être sa parente n'est pas un inceste ; la correction d'un homme libre tenu pour esclave n'est pas une injure (2). (86) Connaissance des faits.

Le fondement moral, sur lequel repose l'illégalité de la volonté et sans lequel il n'y a ni délit ni peine, peut se présenter ou comme une violation intentionnelle de la loi morale et de la loi d'État (*dolus*) ou comme une négligence coupable (*culpa*) dans l'observation de ces lois.

1. La violation intentionnelle de la loi morale et de la loi pénale se spécialise dans des notions particulières comme volonté de tuer, de voler ou de faire tout autre acte, suivant la formule usitée pour désigner chaque catégorie de délit (3). Considérée pour l'ensemble du domaine juridique, cette vo- Violation intentionnelle de la loi.

---

(1) Telle est la pensée qui explique la règle posée pour le cas où l'auteur du tort a simplement laissé échapper le javelot de sa main, mais ne l'a pas lancé (XII Tables, 8, 24, Schöll [id. Girard]). L'offrande du bélier aux agnats de la personne tuée est un *piaculum* et n'appartient pas au droit pénal, qui dans ses amendes de bétail ne connaît pas cette désignation de sexe constante en droit religieux (*unus ovis* p. 56, n. 2 embrasse béliers et brebis). Cette opposition entre le *piaculum* et la peine au point de vue de l'acte de volonté est relevée avec une grande netteté par un des plus anciens documents qui nous soient parvenus, par la loi sur le bois sacré de Spolète (Bruns, *Fontes*, p. 260) : *sei quis violasit, Jove bovid piaclum datod, sei quis sciës violasit dolo malo, Jovei bovid piaclum dator, et a* (*ses*) *CCC*.

(2) *Ignorantia excusatur facti* : *Dig.*, 3, 2, 11, 4. *Coll.*, 1, 12, 1. Celui qui considère par erreur un objet comme lui appartenant ne commet pas de rapt, s'il s'en empare par violence (*Inst.*, 4, 2, 1), ni de vol, s'il s'en empare sans violence (*Dig.*, 41, 3, 36, 1. l. 37). Autres preuves dans l'exposé des différents délits.

(3) *Animus occidendi* : *Dig.*, 48, 8, 1, 3. *Cod.*, 9, 16. 1, *pr.* — *Animus furandi* : *Dig.*, 47, 2, 52, 20. — *Animus violandi* (*sepulcri*) : *Dig.*, 47, 12, 3, — *Animus injuriae faciendae* : *Dig.*, 25, 4, 1, 8. Ces preuves suffisent.



lonté délictuelle est appelée dans le langage technique dol (*dolus*), et même ordinairement, avec plus d'énergie, mauvais dol « *dolus malus* », c'est-à-dire dol commis avec conscience de l'injustice par le *sciens* (1). Ce mot, qui contient toujours une idée
(87) de blâme (2), embrasse dans un sens restreint, où il s'oppose à la violence (*vis*), les illégalités conscientes mais non violentes (3), et dans un sens large, où les actes de violence sont inclus, toutes les illégalités conscientes (4). Il comprend aussi

---

(1) On trouve *sciens dolo* dans la loi sur le meurtre attribuée à Numa (Festus, *Ep.*, p. 221) ; *sciens... dolo malo* déjà dans la très vieille loi sur le bois sacré de Spolète (p. 99, n. 1) ; sous la forme invariable *sciens dolo malo* constamment dans les lois de la République, dans la loi de Bantia et dans la loi sur les *repetundae* où les deux derniers mots ne sont le plus souvent mentionnés que par leur première lettre (*dolo malo* est complètement écrit dans la loi sur les *repetundae*, l. 61) ; sous la forme abrégée *sc. d. m.* dans celles des Césars, dans la *lex Julia municipalis* et dans la *Lex coloniae Genetivae*, dans les relations plus ou moins textuelles des lois de Sylla (Paul, 5, 25, 1 ; *Dig.*, 48, 10, 9, 3), dans la loi Fabia (*Dig.*, 48, 15, 3, *pr.* l. 6, 2), dans la loi agraire de César et dans les autres lois *Juliae* (*Dig.*, 23, 2, 44, *pr.* 48, 4, 3. tit. 5, 13. tit. 13, 1). Les mots *dolo malo* sont moins fréquemment employés seuls dans les lois pour exprimer cette idée (*Lex municipii Tarentini*, l. 4 ; loi du village de Furfo, Bruns, p. 261 ; la loi Quinctia sur les aqueducs). *Sciens* ne se trouve pas seul dans les titres, mais fréquemment chez les auteurs (*Dig.*, 47, 2, 55, 4. 48, 4, 2. tit. 15, 1 et ailleurs ; *sciens prudensque* : Paul, 1, 5, 1. *Dig.*, 22, 6, 2, 5. 47, 9, 9). On rencontre souvent des circonlocutions synonymes, par exemple, *consulto* (*Rhet. ad Her.*, 2, 12, 26, cpr. 3, 4, 8), *consilio* (Cicéron, *Top.*, 17, 64), *voluntate* (*Rhet. ad Her.*, 2, 16, 24), *adfectu* (Gaius, 4, 178).

(2) En latin comme en grec, *dolus*, δόλος est pris dans un mauvais sens, que l'addition *malus* ne fait que fortifier. Celle-ci n'a pas d'autre valeur que *mala* dans *mala fraus* et *bona* dans *bona fides*. Le *dolus bonus* (*Dig.*, 4, 3, 1, 3 ; Festus, *Ep.*, p. 69), la duperie permise est un oxymoron.

(3) *Vis* et *Dolus* apparaissent en opposition dans la *Rhet. ad Her.*, 3, 2, 2. 3 et surtout dans la distinction que le droit privé fait entre les moyens de procédure extraordinaires donnés à raison de la *metus*, c'est-à-dire de la *vis*, et ceux qui sont donnés à raison du *dolus* (par exemple, Paul 1, 8, 2). Nous reviendrons sur ce *dolus* dans le Livre IV à propos du faux et nous y mentionnerons la définition du dol formulée par les jurisconsultes romains, qui n'est tout au plus acceptable qu'à titre d'explication du mot. Le mot *dolus* ne désigne pas non plus dans l'action à laquelle il donne son nom une notion positive de délit, mais il sert là à caractériser un moyen de procédure attribué à titre exceptionnel et subsidiaire à raison d'un tort délictuel commis sans violence.

(4) Dans le langage juridique, par exemple, dans la définition du meurtre, le *dolus* comprend régulièrement la *vis* (*in vi dolus malus inest* : Cicéron, *Pro Tullio*, 29-34). C'est une abstraction à peu près comme notre mot

dans ce dernier sens la fraude consciente à la loi (*fraus*) (1). En outre, la bonne intention, par exemple l'amour de la patrie ou la compassion, ne fait nullement disparaître l'illégalité.

Dans cette notion du dol, qui remonte sans doute à la science (88)
du droit du début de la République, se révèle pour la première fois avec une précision technique le fondement moral tant du droit en général que du droit pénal en particulier. En effet,

---

« tort » [*Unrecht*]; la notion n'est pratiquement utilisable qu'au regard des actions particulières. Le *dolus malus* du meurtrier est l'*animus occidendi*, le *dolus malus* du vendeur malhonnête, la violation consciente des règles en vigueur pour la vente.

(1) Tandis que *dolus* est simplement le tort causé consciemment à l'encontre de la loi, la *fraus* consiste à tourner consciemment une loi déterminée, elle est la violation non du texte de loi, mais de sa pensée. La formule, qu'on rencontre fréquemment dans les anciennes lois : *sine* (plus anciennement *sed*) *fraude sua* (*lex repetundarum*, l. 64. 69 ; loi Agraire. l. 29. 42 ; *lex Cornelia de XX quaestoribus* 1, 4 ; *lex Rubria*, 2, 18 ; *lex coloniae Genetivae* à de nombreux endroits) ne diffère pas, quant à l'emploi et quant à la valeur, de *sine dolo molo ;* dans Cicéron, *de off.*, 1, 13, 41, *vis* et *fraus* se font opposition comme ailleurs *vis* et *dolus*. Mais le mot *fraus* (qui est bien parent avec *frustrari*) accentue, ce que *dolus* ne fait pas, l'idée de fraude à la loi (*Dig.*, 1, 3, 29 : *contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit*. cpr. l. 30) et c'est pour cela que le mot peut être rattaché à une loi déterminée (par exemple, dans la *lex municipii Tarentini*, l. 30 : *qui huic legi fraudem f*[*ecerit*], parfois aussi à un délit déterminé (Cicéron, *Phil.*, 12, 5, 12 : *fraus peculatus*) et s'adjoint constamment le possessif (formule chez Tite-Live, 1, 24, 5 : *sine fraude mea populique Romani*), ce qui n'est pas admissible pour le *dolus*. *Fraudi* est cet acte qui, sans violer directement une loi pénale, peut cependant être réprimé en vertu de cette loi. Par conséquent la formule *ne quid ei fraudei esto* (*lex repetundarum*, l. 28 et ailleurs) est l'assurance formelle qu'il n'y a pas de peine. Les mots *d*(*olo*) *m*(*alo*) *fr*(*audis*)*ve c*(*ausa*) que les notes de Probus sur les édits (*Gramm. Latini* 4, p. 274 [Girard, Textes [3], p. 198] rapportent au regard de l'édit spécial contenu au *Dig.*, 2, 14, 7, 9. 10, ne sont pas une tautologie, mais signifient « en violation et en fraude de la loi ». *Fraus* et *poena* sont l'une par rapport à l'autre comme la cause et l'effet (*Dig.*, 50, 16, 131 : *aliud fraus est, aliud poena... poena est noxae vindicta, fraus et ipsa noxa dicitur et quasi poenae quaedam praeparatio*), mais sont précisément à cause de cela fréquemment synonymes (loi *Rubria*, 2, 20 : *id ei fraudi poenaeve ne esto* ; fragment de Tuder, dans Bruns, *Fontes*, p. 156 : *id ei fraudi multae poenae ne esto* ; inexact, *Dig.*, 21, 1, 23, 2 : *veteres fraudem pro poena ponere solebant*). La notion a un intérêt plus philologique que juridique ; la *fraus* n'est pas un élément constitutif de cette notion abstraite très large que désigne le mot *dolus*, et comme toute fraude à la loi est aussi une illégalité, elle n'acquiert pas dans le domaine du dol la valeur d'une catégorie indépendante à laquelle se rattachent des conséquences juridiques particulières.

sous ce terme on embrasse en droit civil comme en droit privé la violation de la loi morale; mais cette dernière n'apparaît comme fondement d'action qu'en droit pénal (1).

Violation de la loi par négligence.

2. La loi morale peut aussi être violée sans une volonté tendant précisément à cette violation (2). Tout groupement d'êtres humains, et par conséquent toute organisation d'État, exige que ceux qui vivent ensemble non seulement n'exercent pas de violences les uns à l'égard des autres et ne se trompent
(89) pas, mais encore qu'ils s'abstiennent de la *culpa* (3), c'est-à-dire d'actes tels que d'après des prévisions raisonnables ils doivent ou peuvent causer un dommage à un tiers (4). Un

---

(1) Le *dolus* de nos sources juridiques embrasse (si nous faisons abstraction de la *culpa*) tout tort moral qui réclame une punition, soit dans la forme de la procédure civile, soit dans celle de la procédure criminelle, et il est dans le domaine des délits le fondement général et spécial des actions; tandis que dans le domaine non délictuel, où l'action repose sur une base différente, il est le tort moral qui ne parvient à faire l'objet du débat judiciaire, à côté du fondement de l'action, qu'à titre exceptionnel, soit à raison de la formule même de l'action (*ex fide bona*), soit à raison d'une clause spéciale (*exceptio doli*). C'est précisément pour cela qu'il n'y a pas lieu de faire en droit pénal un exposé plus complet de la théorie du dol.

(2) Néanmoins, nous avons conservé pour embrasser le *dolus* et la *culpa* le terme courant de volonté. L'idée fondamentale serait à vrai dire exprimée d'une manière plus exacte si l'on parlait ici de responsabilité juridique.

(3) Le mot *culpa*, sans doute parent d'*incolumis* au point de vue philologique (Corssen, *Aussprache*, 2, 154), c'est-à-dire le mot faute, est employé dans le même sens en droit pénal et dans le droit des contrats ; mais il a dans ce dernier domaine une portée plus grande, car le droit pénal ne comprend sous ce nom que la non omission d'actes dommageables, tandis que le droit des contrats embrasse aussi sous cette expression le non accomplissement des devoirs positifs contenus dans le rapport juridique d'obligation. La *culpa* apparaît dans le droit pénal à titre principal comme fondement de l'action et dans le droit des contrats à titre accessoire seulement à côté du contrat. La *culpa* criminelle n'admet donc pas de gradation, car le devoir de l'homme vis-à-vis de son semblable est partout le même, tandis que la faute contractuelle prend des aspects différents suivant les particularités du lien d'obligation. — Nous donnerons l'exposé détaillé de ces règles au Livre IV à propos des différents délits ; ici nous n'avons qu'à établir les notions fondamentales du droit pénal et sa terminologie.

(4) Telle est la définition que l'on donne déjà de la *culpa* criminelle à l'époque républicaine : *culpam esse, quod cum a diligenti provideri potuerit non esset provisum* (*Dig.*, 9, 2, 31). L'expression *imprudentia*, fondée

préjudice de ce genre, causé par manque de réflexion ou d'égards, est bien un manquement moindre, mais est en tout cas un manquement à la loi morale (1) et rend possible une répression délictuelle; tandis que l'omission d'actes utiles à un tiers peut aussi être contraire à la loi morale, mais n'est jamais traitée par la loi comme délit (2). Cependant cette faute moindre ne suffit pas pour la répression publique (3); elle n'est prise en considération que dans l'action pénale privée. Elle s'y présente dans le très ancien droit sous la forme d'atteinte au corps d'un homme libre et de dommage causé au patrimoine d'autrui ; elle y est désignée d'après la terminologie originaire comme *injuria*, sans qu'on distingue au début entre le dommage intentionnel et le dommage non intentionnel mais évitable (4). Cet état de choses s'est maintenu en subs-

---

sur cette définition et souvent employée, est plus claire et expose à moins de malentendus que le terme traditionnel *culpa*.

(1) Le fondement moral de la *culpa* n'est pas moins essentiel pour la notion du droit pénal que celui du *dolus*. Les Romains ont d'ailleurs reconnu qu'au point de vue psychologique les deux notions se pénètrent l'une l'autre : *culpa dolo proxima dolum repraesentat* (*Dig.*, 47, 4, 1, 2); *magna culpa dolus est* (*Dig.*, 50, 16, 226); *tam lata culpa fuit, ut luxuria* (= extravagance) *aut dolo sit proxima* (*Dig.*, 47, 9, 11).

(2) La preuve que la loi pénale ne permet à aucune personne de nuire à autrui quand elle peut l'éviter, mais qu'elle ne prescrit à personne de rendre service à autrui, est une belle preuve de la pénétration d'esprit qui a présidé à l'élaboration du droit romain. Les devoirs de charité sont aussi des devoirs, mais ils sont illimités et leur accomplissement ne peut être obtenu par la force. On sait dans quelle mesure et avec quelle rigueur le droit romain a appliqué ce principe au début ; c'est ainsi qu'il ne connaît pas le devoir pour le père d'élever son enfant, ni le devoir pour l'enfant de fournir des aliments à ses parents.

(3) C'est pour cela que le droit pénal ne réprime pas à l'origine l'homicide par imprudence d'un homme libre ; cet acte ne peut pas conduire au *supplicium* et la perte de la vie ne peut pas donner lieu à des dommages et intérêts.

(4) Cette notion n'est pas étrangère à la loi des XII Tables, mais celle-ci n'a pas de terme technique pour la désigner, ou plutôt, elle se sert pour cela du terme *casus* ou du mot équivalent qui a pu être employé dans la loi sur l'incendie (8, 9, Schöll [8, 10, Girard]). On distingue ici l'incendiaire *sciens prudensque* et l'incendiaire *casu*, *id est*, ajoute Gaius, *neglegentia* ; sont donc exclus dans cette dernière notion l'intention et le cas fortuit qui ne pouvait être prévu. Même plus tard, *casus* est opposé assez fréquemment au dommage intentionnel (*Coll.*, 1, 9, 1 : *casu potius quam*

(90) tance même dans le développement postérieur de ce délit. Seulement le délit d'atteinte au corps d'un homme libre s'est d'une part transformé en un délit plus large : celui d'atteinte à la personne; il s'est restreint d'autre part à l'atteinte intentionnelle et s'est élevé au rang de délit indépendant sous le nom d'*injuria*. Pendant ce temps, l'atteinte corporelle non intentionnelle et le dommage causé intentionnellement ou non à la chose d'autrui ont été embrassés dans une seconde catégorie de délit sous le nom de *damnum injuria*. Le fondement moral suffisant pour l'existence du délit, c'est-à-dire la *culpa* criminelle consistant dans un manque de prévoyance, a coutume d'être distinguée sous le nom de faute aquilienne de la responsabilité contractuelle qui a sa source dans le rapport juridique d'obligation.

De même que la notion de *dolus*, celle de *culpa* n'appartient pas à la législation, mais à l'interprétation scientifique des lois. La loi des XII Tables n'est vraisemblablement pas allée en droit privé au delà de l'établissement de la responsabilité générale de la personne par opposition à l'événement qui ne dépend aucunement d'un acte ou d'une abstention de l'homme; donc, pour se servir de la terminologie actuelle, elle n'est pas allée au delà de l'opposition du *dolus* et de la *culpa*, d'une part, et du *casus*, d'autre part. Le développement de la responsabilité générale, par opposition au dommage intentionnel et à celui qui est causé par un manque d'égards, appartient incontestablement à la science du droit de l'époque républicaine, comme aussi la distinction des égards dus par l'homme à son semblable et de ceux que se doivent entre eux les personnes liées par un rapport d'obligation, distinction sur laquelle repose l'opposition de la faute aquilienne et de la faute contractuelle.

Rapports entre la loi pénale et la loi morale.

La loi morale est bien le fondement de la loi pénale, mais

---

fraude; Coll., 1, 11, 3 = *Dig.*, 48, 19, 5, 2; *Dig.*, 48, 8, 1, 3; *Inst.*, 4, 3, 3) et n'exclut pas absolument la responsabilité.

ces deux lois ne se confondent pas. Abstraction faite de ce que le droit pénal ne peut et ne veut aucunement absorber complètement en lui la loi morale et de ce qu'il se forme différemment suivant les temps et les lieux, ce même droit s'éloigne
encore de la loi morale par sa fixité même et par les extensions (91)
qu'il reçoit pour des considérations d'utilité pratique. La conscience humaine, si l'on ne tient pas compte d'anomalies particulières, donne suivant les individus des limites variables à l'injustice; l'homicide de celui qui consent à se faire tuer, la rétention de la chose trouvée apparaissent à l'un comme des actes permis, à l'autre comme un meurtre ou un vol. La transformation de la loi morale en loi pénale exige la fixation positive des éléments du délit et cette opération contient nécessairement une part d'arbitraire. Plus les rapports sociaux se compliquent et plus la loi pénale s'efforce de se rattacher étroitement à la loi morale, plus cet arbitraire se fait sentir. La défense de l'usure repose sur la loi morale, comme celle du vol, mais la limite de cette prohibition y est déterminée par des considérations d'utilité et finalement par le hasard. L'acceptation de libéralités et la brigue des magistratures sont des actes permis; à quelles conditions deviennent-elles les délits de *repetundae* et d'*ambitus*, il n'y a que le droit pénal positif qui puisse le décider. — Cette construction positive, que la loi de l'État donne à la loi morale, dépasse maintes fois le principe originaire et précédemment exposé du droit pénal privé, d'après lequel l'homme ne doit jamais causer un dommage à son semblable ni intentionnellement ni par négligence, tandis qu'il n'est pas juridiquement tenu de lui prêter assistance. C'est ainsi par exemple qu'une des plus importantes conséquences de ce principe, à savoir que le fait de ne pas empêcher (1) et encore plus de ne pas dénoncer un délit projeté n'est pas considéré comme complicité, est tombée en désuétude dans le droit postérieur pour les délits les plus graves :

(1) Dig., 50, 17, 109 : *nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cum prohibere potuit.*

les crimes d'État (1), les délits en matière de monnaie (2), le meurtre d'un proche (3) et le rapt (4). En général, c'est principalement d'après des considérations d'utilité pratique qu'on se décide dans cette construction et tout acte et toute négligence peuvent être rangés dans les délits par la loi de l'État. — Sans doute une législation rationnelle s'efforcera de ne pas trop déplacer le fondement moral de la peine. Des raisons d'opportunité politique réclament fréquemment que des pénalités
(92) légères soient attachées à des actes et des négligences qui au point de vue moral sont indifférents; mais le pouvoir considérable, attribué aux autorités publiques sur les particuliers par le droit pénal, ne doit trouver d'application sérieuse que dans les cas où la conscience de l'auteur lui-même désapprouve l'acte ou devrait le désapprouver.

Ignorance de la loi pénale.

Au fondement moral du droit pénal se rattache la question de savoir si l'application de la loi pénale a pour condition que cette dernière ait été connue de l'auteur de l'acte. En général il faut répondre négativement. Le délit suppose la violation ou l'ignorance de la loi morale sur laquelle repose la loi pénale; le juge répressif ne peut pas et ne doit pas rechercher pour chaque cas particulier dans quelle mesure et dans quelle forme la loi pénale correspond aux exigences de la morale; la loi est la loi, même si elle est injustement dure et même si éventuellement elle correspond mal aux données de la morale. Cette règle s'applique même à des délits qui n'en seraient pas, s'il n'y avait pas une prescription arbitraire de la loi de l'État (5); pour savoir quelles sont les limites de la répression,

---

(1) Tertullien, *Apol.*, 2 : *ad socios, ad conscios usque inquisitio extenditur.* Arcadius, *C. Th.*, 9, 14, 3, 6 = *C. Just.*, 9, 8, 5, 6. 7. Zosime, 4, 8. Cpr. *Dig.*, 48, 19, 6, *pr.*

(2) *Dig.*, 48, 10, 9, 1 : *eadem poena* (*falsi*) *afficitur etiam is, qui cum prohibere tale quid* (falsification de monnaie) *posset, non prohibuit. C. Th.*, 9, 21, 2 = *C. Just.*, 9, 24, 1.

(3) *Dig.*, 48, 9, 6. Cpr. l. 2. *Inst.*, 4, 18, 6.

(4) *Cod.*, 9, 13, 1, 3. *Inst.*, 4, 18, 8.

(5) L'opposition des *probra natura turpia*, comme le vol et l'adultère et des (*probra*) *civiliter* (*turpia*) *et quasi more civitatis* (*Dig.*, 50, 16, 42. Cpr. 47, 2, 1, 3) est une abstraction sans intérêt juridique; ce n'est pas la « nature », mais l'État qui défend le vol aussi bien que l'usure.

il faut avoir la connaissance du droit; mais le délit est puni, même si le contrevenant ignore ces limites ou les désapprouve. Le droit romain se préoccupe bien des données de la morale pour l'établissement de la loi positive (1), mais il ne méconnaît pas que la législation pénale, pour des raisons d'opportunité nécessaires ou considérées comme telles, s'étend à des actes et des abstentions qui en soi sont indifférents au point de vue moral et ne sont pas considérés comme une injustice. Si l'on a soin pour ces délits de faire rentrer la violation consciente de la loi parmi leurs éléments constitutifs, comme cela a eu fréquemment lieu chez les Romains (2), suivant la remarque que nous en avons précédemment faite (p. 100, n. 1),
le fondement moral du droit pénal est encore respecté; car (93)
la violation consciente de toute loi d'État est une faute morale. Mais on ne peut soustraire à la répression du droit pénal toute violation inconsciente de la loi d'État (3). Cette conséquence est déjà impliquée par ce seul fait, que la preuve positive ou négative de la connaissance de la loi soulève de très grandes difficultés pratiques, et par la nécessité d'établir ici pour des raisons d'opportunité des présomptions juridiques, dans lesquelles le fondement moral de la notion de délit est mal res-

---

(1) Le véritable trait caractéristique du délit fondé sur la morale, à savoir que la peine atteint également l'homme instruit et celui qui ne l'est pas, est relevé à propos de l'injure faite au patron par l'affranchi (*Cod.*, 2, 2, 2 : *nec in ea re rusticitati venia praebeatur, cum naturali ratione honor ejusmodi personis debeatur*) et à propos de la prohibition du mariage entre le fils du tuteur et la pupille (*Cod.*, 5, 6, 1 : *senatus consulti auctoritatem, quo inter pupillam et tutoris filium conubium saluberrime sublatum est, circumveniri rusticitatis et imperitiae velamentis non oportet*).

(2) C'est ce qui résulte de la clause simplement énonciative usitée à propos de délits qui se fondent à proprement parler sur la morale, par exemple en cas de prohibition des mésalliances (*Dig.*, 23, 2, 44, *pr.*) et en cas de défense de dégrader les affiches publiques (*Dig.*, 2, 1, 7, 4 : *doli mali ideo in verbis edicti fit mentio, quod si per imperitiam vel rusticitatem vel ab ipso praetore jussus vel casu aliquis fecerit, non tenetur*). Évidemment on peut, lorsque cette clause fait défaut, se demander pour chaque loi, si elle n'a voulu atteindre que la violation consciente ou au contraire toute violation quelle qu'elle soit.

(3) Par exemple, à propos des pénalités pour délits de douane. *Dig.*, 39, 4, 16, 5 : *licet quis se ignorasse dicat, nihilominus eum in poenam vectigalis incidere divus Hadrianus constituit.*

pecté, puisqu'elles peuvent conduire et conduisent fréquemment à des erreurs. Le droit romain a appliqué à la loi pénale, qui n'a ce caractère au point de vue de l'éthique qu'en supposant chez l'agent la connaissance de cette loi, la règle du droit privé d'après laquelle l'homme mêlé à la vie des affaires est obligé de connaître la loi de l'État, de telle façon que toute violation de sa part, même inconsciente, renferme en soi une faute ; tandis que les femmes et les paysans sont exempts de cette obligation, de telle façon que s'ils enfreignent une loi pénale non fondée sur une règle de la morale, on doit supposer chez eux l'ignorance de la loi et l'excuser (1). Il faut reconnaître que dans le premier cas le fondement moral de la répression disparaît presque complètement et qu'on y punit dans une certaine mesure un dol simplement supposé. On admet sans difficulté cette répression pour les peines de peu d'importance, notamment en droit pénal privé ; c'est ainsi que dans la prochaine Section nous parlerons de différents cas de vol ou de dommage causé à la chose d'autrui où la complicité est admise en vertu d'une présomption de droit, sans qu'une faute réelle soit prouvée (2). Mais lorsqu'on prescrit de prononcer sur cette seule présomption des peines graves du droit pénal public, comme, par exemple, lorsque le droit romain frappe comme coupable de falsification de titre le scribe qui, ignorant la défense de la loi, s'attribue un legs dans un tes-
(94) tament conformément à la volonté qu'en exprime le testateur (3), ou encore, lorsqu'en cas de mariage entre personnes unies par un lien de parenté qu'elles considèrent par erreur comme n'étant pas un empêchement à leur union, il punit

---

(1) Paul, *Dig.*, 22, 6, 9, *pr.* (*feminae*) *sicubi non est delictum, sed juris ignorantia non laeduntur.* Le texte est corrompu et mutilé, mais la règle elle-même est claire.

(2) Il est permis de rappeler la connexité étroite des amendes et des impôts, comme cela se manifeste, par exemple, à propos des conséquences juridiques du célibat et du mariage sans enfants (cpr. l'introduction du Livre IV).

(3) *Dig.*, 48, 10, 15, *pr.* L'empereur Claude dispose expressément, *ne vel iis venia detur, qui se ignorasse edicti severitatem praetendant.*

l'homme et non la femme comme coupable d'inceste (1), ces dispositions ont certainement la valeur d'une loi, mais à vrai dire elles ne devraient pas exister.

---

(1) *Dig.*, 48, 5, 39, 2, à propos de la prohibition du mariage entre l'oncle et la fille de sa sœur : *mulier tunc demum eam poenam quam mares sustinebit, cum incestum jure gentium prohibitum admiserit* ; *nam si sola juris nostri observatio interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata.*

(95) SECTION VIII

LE FAIT

Le fait illégal. De même qu'il n'y a pas de délit sans une volonté délictuelle, il n'y a pas non plus de délit sans une manifestation de cette volonté, sans un fait punissable. La volonté seule, l'*animus* (p. 99), même si par exemple elle a été exprimée par des paroles ou constatée par un aveu, n'est pas un délit et ne fonde aucune peine (1). Sur la question de savoir ce qu'il faut entendre par la manifestation de la volonté délictuelle, la science du droit moderne répond en distinguant, non pas pour tous les délits, mais pour la plupart d'entre eux, les actes qui préparent le délit, c'est-à-dire la tentative, et la consommation du délit. Le droit romain n'a pour la tentative ni notion ni terme technique (2) ; on réprime toujours le fait prohibé par la loi dès qu'il est consommé. Cette répression suppose à la base du fait punissable l'unité de volition et, en cas de délit reposant sur une *culpa*, l'unité dans l'omission du

(1) C'est ce qu'exprime Caton (chez Aulu-Gelle, 6, 3, 37) en particulier par ces mots : *ecqua tandem lex est tam acerba, quae dicat, si quis illud facere voluerit, mille minus dimidium familias multa esto?* L'infamie peut s'attacher à la simple déclaration de volonté (cela n'a pas lieu à vrai dire dans tous les cas, ainsi que le fait ressortir *Dig.*, 3, 2, 3) ; mais elle n'est pas à proprement parler une peine.

(2) On dit (*Dig.*, 2, 2, 1, 2) de l'ordre (*statuere*) illégal du magistrat : « *statuit* » *verbum rem perfectam significat et consummatam injuriam, non coeptam... quid enim offuit conatus, cum injuria nullum habuerit effectum?* Pour *cogitatio*. cpr. p. 111, n. 4.

devoir, sans qu'on s'inquiète de savoir, si ce fait était pour l'auteur le terme de son activité ou s'il n'avait pour but que de préparer des actes postérieurs (1). Cependant, s'il faut renoncer à fixer d'une manière générale la notion du fait, il est (96)
toutefois permis d'indiquer dès maintenant la formule divergente que cette notion reçoit conformément à la double nature du droit pénal, suivant qu'il s'agit de satisfaction, en cas d'atteinte portée à un particulier, et d'expiation, en cas d'atteinte portée à la communauté.

Notion du fait en droit privé.

Le droit pénal privé a pour objet les dommages ou atteintes faits à un particulier contrairement au droit et fondant une demande d'équivalent, c'est-à-dire qu'il suppose la consommation de ces actes et celle-ci n'existe pas lorsque l'action accomplie prépare simplement ces dommages ou atteintes. Les Romains ont été naturellement forcés de reconnaître que cette manière de traiter les délits, notamment le vol, était impropre ; c'est pour cette raison que le dommage est considéré comme consommé par l'appréhension de la chose avec *animus furandi,* même si le voleur est pris sur le fait et si la chose volée lui est reprise, c'est-à-dire même si le tort causé est immédiatement supprimé. Mais la logique juridique fut plus forte que le besoin pratique (2). Les actes préparatoires du vol, s'ils vont jusqu'à l'effraction, sont punissables comme ayant troublé la paix domestique (3) ; mais à tous autres égards, ils sont impunissables aux yeux de la loi (4). Cette rè-

(1) Gaius, *Dig.*, 9, 2, 32, 1 : *si idem eundem servum vulneraverit, postea deinde etiam occiderit, tenebitur et de vulnerato et de occiso ; duo enim sunt delicta, aliter atque si quis uno impetu pluribus vulneribus aliquem occiderit, tunc enim una erit actio de occiso.*

(2) Cpr. dans le Livre IV la Section du vol. Un complément pratique à cette action privée de vol a été certainement fourni de tout temps par l'application administrative des pouvoirs du magistrat, c'est-à-dire d'après notre terminologie par la police de sûreté.

(3) Paul, 2, 31, 33. *Dig.*, 47, 2, 21, 7.

(4) *Dig.*, 47, 2, 1, 1 : *sola cogitatio furti faciendi non facit furem. Dig.*, 48, 19, 18 : *cogitationis poenam nemo patitur.* Les derniers mots appartiennent (cpr. Lenel, *Paling.*, 2, 428) à l'exposé rapporté p. 110, n. 2 et on voit ici que sous *cogitatio* on comprend la volonté délictuelle manifestée, mais qui n'a

gle s'applique à tous les délits privés (1), car leur répression consiste ou dans une indemnité supérieure au préjudice ou dans un équivalent analogue à la réparation du préjudice.

Notion du fait dans le droit public.

En cas de tort causé à la communauté, il n'y a pas par contre, dans la plupart des cas et dans les cas les plus importants, de réparation du préjudice et l'on requiert pour l'expiation, comme nous l'avons déjà dit, que l'intention délictuelle soit
(97) sortie du domaine de la résolution et de la déclaration de volonté pour entrer dans le domaine des actes (2) ; mais on n'exige pas nécessairement davantage. Nulle part, il n'est dit d'une manière générale en quoi cet acte doit au moins consister, et les explications fournies sur les éléments du fait à propos des délits particuliers ne nous renseignent à cet égard qu'exceptionnellement. La décision sur ce point est laissée principalement à l'appréciation du juge. Le crime d'État peut être considéré comme juridiquement accompli par toute manifestation de sentiments hostiles à l'État ; la désertion l'est, par exemple, rien que par le fait de quitter le camp romain (3). Pour le meurtre, on ne peut en aucune façon conclure de ce que la plus ancienne loi parle du fait accompli (4), que celle-ci exclut la blessure n'entraînant pas la mort ; par contre la toute-puissance de l'*imperium* et le pouvoir des comices, encore plus étendu à raison de son caractère absolu, rendent vraisemblable que tout acte préparatoire a pu être puni de plein droit comme meurtre, ainsi que cela a été légalement prescrit plus tard dans une mesure beaucoup plus large que pour la tentative du droit moderne, notamment pour l'assassinat suivi de vol et encore plus pour l'empoi-

---

pas encore atteint son but. On lui oppose non pas l'*injuria coepta*, mais l'*injuria consummata*.

(1) *Dig.*, 47, 10, 15, 17, pour l'injure ; cela s'applique incontestablement au dommage causé par le dol à la chose d'autrui, tandis que le dommage causé par simple *culpa* exclut toute idée de préparation.

(2) A cet égard il faut se rappeler que le droit romain ne rattache pas à l'ordre public la notion d'atteinte à l'honneur et ne punit pas les déclations antipatriotiques.

(3) *Dig.*, 49, 16, 3, 11.

(4) Festus, p. 221 : *si quis hominem liberum sciens morti duit.*

sonnement. En général, il est possible que dans le domaine du droit pénal public, contrairement à ce qui a lieu dans celui du droit pénal privé (1), la peine ait été encourue à raison d'une manifestation quelconque de volonté (2); le fait que le délit conçu n'a pas été exécuté est à vrai dire indiqué (98)
çà et là dans le droit postérieur comme circonstance atténuante (3). La règle, d'après laquelle celui qui s'arrête spontanément avant de consommer le tort vis-à-vis de la communauté échappe à toute peine, est formulée pour les délits en matière de monnaie (4); mais on indique précisément du même coup qu'elle n'a pas une valeur générale.

Concours de plusieurs personnes dans l'accomplissement du délit.

La participation de plusieurs personnes au même délit, la complicité, comme on doit la nommer ici, peut se produire de différentes manières : comme coopération, comme suggestion, comme assistance avant et après le fait. En cas de coopération de même nature, les compagnons de crime sont, comme dans le droit du patrimoine, désignés sous le nom de *socii* (5), on les appelle assez fréquemment ainsi par opposition

(1) La conception du droit privé prévaut lorsque, comme dans le péculat et les *repetundae*, la répression du délit public a lieu principalement par voie d'action privée.

(2) Cicéron, *Pro Mil.*, 7, 19 dit de la tentative de meurtre : *nisi vero quia perfecta res non est, non fuit poenienda, proinde quasi exitus rerum, non hominum consilia legibus vindicentur*; à propos de la tentative de séduction, Valère Maxime, 6, 1, 8, dit relativement à une action édilicienne en réclamation d'amende : *non factum tunc* (sous la République) par opposition à la loi pénale d'Auguste qui exige la consommation du délit, *sed animus in quaestionem deductus est, plusque voluisse peccasse nocuit quam non peccasse profuit*; s'expriment d'une manière générale : Apulée (*Flor.*, 4, 20) : *in maleficiis etiam cogitata scelera, non perfecta adhuc vindicantur... ad poenam sufficit meditari punienda*, et l'empereur Arcadius, *C. Th.*, 9, 26, 1 : *pari sorte leges scelus quam sceleris (puniunt) voluntatem*. Des déclarations générales de ce genre, surtout quand on les trouve dans des sources non juridiques, ne doivent être acceptées qu'avec réserve; elles expriment parfaitement le principe du droit pénal public, à la condition de bien remarquer que *voluntas, consilium, animus, meditatio* ne désignent pas la volonté non manifestée, mais s'opposent, précisément comme *cogitatio* (p. 111 n. 4), au fait punissable consommé.

(3) Pour le meurtre : *Dig.*, 48, 19, 16, 8. Pour la séduction, Paul, 5, 4, 14.

(4) *Dig.*, 48, 10, 19 *pr.* On trouve la même règle pour le crime d'hérésie. Il est évident que le repentir ne peut pas effacer ce qui a eu lieu.

(5) Paul, 5, 14, 1. *Dig.*, 17, 2, 57. 48, 3, 6, 1. *Cod.*, 9, 41, 4 et ailleurs.

au chef de bande (1). — *Conscius,* celui qui a connaissance de l'accomplissement du délit et qui comme tel, abstraction faite des délits pour lesquels existe le devoir de dénonciation, est juridiquement exempt de toute responsabilité (p. 105), est un terme assez souvent employé, notamment chez les auteurs non juridiques, pour désigner le complice dont la coopération a été moins active (2). — L'instigateur est désigné comme *auctor* (3), mais le simple fait de recommander un acte dé-
(99) lictuel n'est pas considéré comme une instigation (4) ; il faut pour que cette dernière existe exercer une influence décisive sur la volonté d'autrui. — Quand on parle de commis, de

---

L'expression ne se trouve pas dans les lois, le *socius* de la loi Fabia est le compagnon du droit privé.

(1) Celui-ci s'appelle *princeps sceleris* chez Cicéron, *Pro Cluentio*, 22, 60 ; *princeps delicti* : *Dig.*, 11, 3, 10 ; *principalis reus* : *Cod.*, 9, 2, 5. C'est ainsi que les *socii* sont opposés à Catilina. De même Pline, *Ep.*, 3, 9, 12 : *placuit inprimis ipsum Classicum ostendere nocentem; hic aptissimus ad socios ejus et ministros transitus erat, quia socii ministrique probari nisi illo nocente non poterant* et Tacite, *Ann.*, 14, 40. 41, où à propos d'une falsification de testament les *socii* et ceux qui ont connaissance du délit sont opposés aux auteurs principaux.

(2) Dans ce sens, comme *conscius et fraudem participans* (ainsi qu'Ulpien, *Dig.*, 42, 8, 10, 2, explique le *sciens* de l'édit du préteur), le mot *conscius* ne se trouve pas souvent chez les jurisconsultes (*Dig.*, 29, 5, 1, 21 ; *conscii et consortes* dans la déprédation des quais du Nil : *C. Th.*, 9, 32, 1 = *C. Just.*, 9, 38, 1), ailleurs assez fréquemment (Cicéron, *Pro Cl.*, 20, 56. 22, 60 où le *consilium* indique la communauté de faute résultant d'une coopération moins active et *Pro Caelio*, 23, 37 à côté de *socius* et *adjutor* ; Tacite, *Ann.*, 14, 41, *flagitiorum gnarus* à côté de l'auteur principal et des *socii* ; Suétone, *Gai.*, 58 ; *Ner.*, 33. 43 ; *Tit.*, 9.)

(3) Salluste, *Jug.*, 30 lie *auctor et socius*, instigateur et coauteur ; Suétone, *Ner.*, 33 ; *Tit.*, 9 oppose l'*auctor* au *conscius*, c'est-à-dire l'instigateur au coopérateur moins actif. Dans le grand nombre de preuves juridiques on peut citer Paul, 5, 22, 2, d'après lequel en cas de crime de lèse-majesté il faut rechercher les *auctores*, et *Dig.*, 9, 4, 3, où le maître qui détermine l'esclave à commettre un délit est nommé *auctor servo delinquenti*. — Dans les lois le mot *auctor* n'est employé à propos des délits commis en masse que si la pleine répression se limite aux chefs. (*Dig.*, 48, 8, 3, 4).

(4) Ce qui est dit par rapport à une accusation calomnieuse (*Dig.*, 3, 2, 20) : *non qui exhortatur mandatoris opera fungitur* a une portée générale et s'applique notamment au conseil donné à l'esclave de fuir son maître. (Cpr. la Section du vol). Si dans d'autres cas le conseil est assimilé à l'instigation (ainsi dans la rapine, *Dig.*, 48, 19, 16 *pr.*, et dans l'adultère *Dig.*, 48, 5, 13), cela tient à des circonstances spéciales.

minister (1), on n'oppose pas celui qui aide à l'accomplissement d'un délit à celui qui le commet directement, mais on oppose celui qui consomme en fait le délit à celui qui l'a conçu intellectuellement (2). Toutes ces expressions employées pour désigner les diverses formes de concours prêté à l'accomplissement d'un délit n'ont pas une portée nettement délimitée et ne trouvent pas leur application en droit ; elles appartiennent surtout au langage courant. Dans les lois et dans les sources du droit qui leur sont assimilées, il n'est pas rare que sous une forme ou sous une autre on interdise à côté du délit proprement dit l'instigation à ce délit, et que l'assistance prêtée à l'accomplissement de l'acte soit aussi plus ou moins expressément visée par la loi (3), sans qu'on attache à ces distinc- (100)

---

(1) On trouve aussi *adjutor* (*Rhet. ad Herennium*, 2, 4, 7; Cicéron, *Pro Cael.*, 23, 57), mais rarement.

(2) Cicéron, *Pro Cluentio*, 22, 60; Tacite, *Ann.*, 4, 11 : *minister veneni*, 13, 1. 15. *Hist.*, 4, 27. *Dig.*, 29, 5, 14. 48, 16, 1, 13. tit. 18, 17, 3.

(3) Il ne sera peut être pas superflu de grouper les expressions les plus importantes, empruntées en grande partie aux lois et que l'on rencontre ici, bien qu'il ne s'agisse en fait que de différentes formes de la même pensée. — Crime de lèse-majesté : *qui quid eorum... facere curaverit* (*Dig.*, 48, 4, 3) ; *cujus opera dolo malo consilium initum erit* (*Dig.*, 48, 4. 1, 1 ; de même 48, 4, 4). — *Parricidium* : *cujus dolo malo factum sit* (*Dig.*, 48, 9, 1 ; *Inst.*, 4, 18, 6). — Meurtre : *qui hominem occiderit cujusve dolo malo id factum erit* (loi Cornelia, *Coll.*, 1, 13, 1 ; de même *Cod.*, 9, 16, 6) ; *occidendum curavit* (Quintilien, 7, 1, 9) ; *qui falsa indicia confesssus fuerit confitendave curaverit* (*Dig.*, 48, 8, 3, 4) ; mandat de meurtre (Paul, 5, 23, 10). — Incendie volontaire : *cujus dolo malo incendium factum erit* (*Dig.*, 48. 8, 1 *pr.*) — Faux : *qui testamentum amoverit... cujusve dolo malo id factum erit* (*Dig.*, 48, 10, 2) ; *qui judicem corruperit corrumpendumve curaverit* (*Dig.*, 48, 10, 1, 2) ; *qui sciens dolo malo id fieri jussit faciendumve curavit* (Paul, 4, 17, 2). — Violence commise par des tiers : *C. Th.*, 9, 10, 4, *pr.* = *C. Just.*, 9, 12, 8, 1 ; expulsion par des tiers : *Dig.*, 43, 16, 1, 12. — *Furtum* par ordre donné aux esclaves (Aulu-Gelle, 11, 18, 24) ; par mandat (*Inst.*, 3, 26, 7). — Péculat : *facere, quo quis auferat* ou *indat* (*Dig.*, 48, 13, 1). — Injure : *qui dolo fecit vel qui curavit, ut cui : malapugno perculeretur* (*Dig.*, 47, 10, 11, *pr.* = *Inst.*, 4, 4, 11 ; commentaire 47, 10, 11, 4. 5. 6 ; *Cod.*, 9, 2, 5) ; *qui... convicium cui fecisse cujusve opera factum esse dicetur, quo... fieret* (édit du prêteur : *Dig.*, 47, 10, 15, 2 ; commentaire 47, 10, 15, 8. 10). — Dommage causé aux choses d'autrui par mandat (*Inst.*, 3, 26, 7). — Dommage causé aux choses d'autrui dans un attroupement : *cujus dolo malo in turba damnum quid factum esse dicetur* (*Dig.*, 47, 8, 4, *pr.*). — Abattage d'arbres (*Dig.*, 47, 7, 7, 4). — Annone : *ne quis navem... retineat aut dolo malo faciat quo magis detineatur* (*Dig.*, 48, 12, 2, 1.). — Loi Julia contre les fausses mesures (Bruns, *Fontes*, p. 46) : *si*

tions un intérêt juridique ; et là où la loi des XII Tables, la loi Aquilia et vraisemblablement la plupart des anciennes lois ne contiennent que le terme topique pour désigner le délit, les jurisconsultes interprètent ces dispositions d'une façon extensive de manière à atteindre toute participation au délit (1). C'est seulement dans des cas isolés que l'assistance donnée à un délit est punie comme délit indépendant. C'est ainsi qu'en matière de délit contre la propriété le plus ancien code place à côté de ce délit lui-même le recel, mais ne le vise que dans la forme restreinte et définie par des caractères purement externes de la découverte de la chose volée (*furtum conceptum*) (2) ; de même dans la législation d'Auguste sur le mariage l'aide prêtée à l'accomplissement du délit n'est pas exclue à vrai dire de l'action principale (3), mais la forme la plus importante de cette assistance, le proxénétisme, est traitée comme délit indépendant.

Assimilation des complices.

Considéré au point de vue purement juridique le droit romain ignore toutes ces distinctions ; il connaît uniquement la complicité envisagée pour l'ensemble du délit.

L'action de vol est dirigée contre toute participation au vol sous la forme d'assistance (*ope*) ou de conseil (*consilio*), donc, d'après le texte, également contre l'instigateur et l'aide, même, selon toute apparence, sans changement de formule,

---

quis faxit jusseritve fieri dolumve adduit quo ea fiant. — Loi Quinctia sur les aqueducs (Bruns, p. 116 [Girard, *Textes* [3], p. 183]) : *quicumque... rivos... sciens dolo malo foraverit ruperit foranda rumpendave curaverit.* — Accusation calomnieuse par mandat (*Dig.*, 48, 16, 1, 13. *C. Th.*, 9, 5, 1 = *C. Just.*, 9, 8, 3. — Deux tournures sont principalement employées : *occidendum curare* et *dolo malo facere, ut occidatur.* On peut embrasser dans ces deux formules, notamment dans la dernière (cpr. *Dig.*, 47, 8, 4, 4), toute activité qui est dans un rapport de causalité avec le délit.

(1) Les dispositions d'un sénatus-consulte (*Dig.*, 48, 16, 1, 13 : *ex sententia senatus consulti*) et de l'édit du préteur (*Dig.*, 2. 1, 7, 5. tit. 7, 5, *pr.* tit. 10, 1. 1. 43, 24, 5, 14) sont interprétées de la même manière.

(2) *Dig.*, 48, 5, 13.

(3) *Dig.*, 47, 2, 50, 3 : *consilium dare videtur, qui persuadet et impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum; opem fert qui ministerium atque adjutorium ad subripiendas res praebet.* Nous donnons des explications plus détaillées dans la Section du vol.

contre l'auteur principal (1) ; en effet, comme il n'y avait (101)
pas de différence pour la répression entre l'accomplissement du délit et l'assistance, il était également convenable de ne pas les distinguer dans la formule. Tous les délits paraissent avoir été traités d'après ce même principe. Quant aux limites de la complicité, les sources nous donnent peu de renseignements (2) et le peu qu'elles nous fournissent ne doit être exposé qu'à propos des différents délits. En général, on considérera comme complicité tout acte entrepris avec mauvaise intention en vue de réaliser le délit. Dans une conception exacte l'assistance prêtée après l'accomplissement du délit ne rentre donc pas dans la complicité (3), et la répression du recel d'après la loi des XII Tables paraît confirmer cette conception (4) ; celle-ci a toutefois été difficilement appliquée dans toutes ses conséquences logiques ; bien plus dans le droit postérieur, surtout par suite de l'identité de nom, le recel a été rangé dans le *furtum*, sans cependant perdre son caractère de délit indépendant (5).

Égalité de punition des complices.

Toute personne qui coopère à un délit est ordinairement punie de la même manière et dans la même proportion que si elle l'avait commis seule (6). Ici se manifeste avec un relief

---

(1) La phrase désigne à vrai dire l'instigation et l'assistance par opposition à l'accomplissement direct ; de même, dans les cas où elle est encore employée, en cas d'appel de l'ennemi (*Dig.*, 48, 4, 10, cpr. Paul 5, 25, 1) et en cas de proxénétisme (*Dig.*, 48, 5, 15 *pr.*), elle vise un délit qui se fonde sur une assistance prêtée.

(2) Nous avons déjà mentionné (p. 114, n. 3) qu'en cas de délit commis en masse les instigateurs seuls encourent la peine complète.

(3) Si, en cas d'expulsion non classée parmi les délits, la ratification est assimilée au mandat (*Dig.*, 43, 16, 1, 14 = 50, 17, 152, 2), cette règle n'appartient pas au droit pénal.

(4) En cas de meurtre on traite comme complice celui qui cache le coupable (*Dig.*, 29, 5, 3, 12).

(5) Nous exposerons complètement cette évolution dans la Section du *furtum*.

(6) *Dig.*, 43, 24, 15, 2, *Labeo scribit... opus quod a pluribus pro indiviso factum est, singulos in solidum obligare* et souvent ailleurs. D'ailleurs les actions contre les complices sont indépendantes les unes des autres. Lorsque l'auteur principal du vol est poursuivi au quadruple du dommage parce qu'il a été pris en flagrant délit, ses complices ne paient que le double

spécial l'idée que le droit pénal privé ne connaît l'indemnité
(102) du préjudice qu'à titre de mesure pour la fixation du taux de l'amende (p. 14, n. 1) ; la prestation libère celui qui la fournit, mais non pas ses complices.

Dispositions exceptionnelles.

C'est seulement dans le droit postérieur qu'on tient compte du degré d'intensité du fait punissable et de la diversité de faute morale chez les complices (1). Nous reviendrons sur ce point dans le Livre IV à propos des différents délits. Nous pouvons cependant exposer dès maintenant les règles suivantes qui s'appliquent à plusieurs catégories de délits.

1. Dès que les conditions d'existence du délit sont réunies chez l'un des auteurs, on exige bien des autres une intention mauvaise (2), mais non la réunion des mêmes conditions. Le vol réclame l'intention de s'approprier la chose d'autrui, mais on considère même comme complice celui qui ne s'empare pas personnellement de la chose, mais favorise seulement cette appropriation (3).

2. Lorsqu'une action délictuelle accomplie en société n'aurait pu l'être par une personne seule, par exemple en cas de vol d'une chose lourde, tous ceux qui ont participé à l'acte sont considérés complètement comme auteurs du délit (4).

3. Lorsque le fils de famille ou l'esclave exécute un délit

(*Dig.*, 47, 2, 34). Lorsque l'action de vol ne peut pas pour des motifs personnels être intentée contre l'auteur principal, les complices ne sont pas pour cette raison libérés (*Inst.*, 4, 1, 12).

(1) On relève expressément à propos de la fixation du taux de la peine dans la magie la différence du *magus* et des *conscii* (Paul, 5, 23, 17) ; de même dans la rupture du ban, la différence du violateur du ban et de celui qui le reçoit (*Dig.*, 48, 19, 40) ; on signale également une diversité du même genre quant à la dégradation des quais du Nil (*C. Th.*, 9, 32, 2 = *C. Just.*, 9, 38, 1). Dans le *parricidium* on distigue entre le meurtre et l'omission de la dénonciation (*Dig.*, 48, 9, 2). L'organisation de l'égalité de peines dans le crime de lèse-majesté (*C. Th.*, 9, 14, 3, 6 = *C. Just.*, 9, 8, 5, — 6), dans le péculat (*C.* 9, 28, 1), dans le rapt (*C. Th.*, 9, 24, 1, 5-6. *C. Just.*, 9, 13, 1, 3 = *Inst.*, 4, 18, 8), fait apparaître encore plus nettement l'inégalité ordinaire des peines à cette époque.

(2) *Dig.*, 2, 1, 7, 5. 47, 2, 50, 2.

(3) *Dig.*, 47, 2, 50, 1.

(4) Du vol : *Dig.*, 9, 2, 51, 2 ; du dommage causé à la chose d'autrui : *Dig.*, 9, 2, 11, 4.

sur l'ordre du maître, on applique les règles indiquées dans la Section VI (p. 89).

4. Lorsqu'un délit est commis par l'esclave au su de son maître, il est mis d'après la loi des XII Tables à la charge de l'esclave seul ; mais plus tard, lorsque la notion de faute fut moins déterminée par des caractères purement externes, la règle générale précédemment indiquée (p. 105, n. 1) d'après (103)
laquelle personne n'est obligé d'empêcher un délit fut écartée en droit pénal privé dans le cas où le maître était en état d'empêcher le délit et ne l'avait pas fait, et le maître et l'esclave furent punis dans ce cas comme complices (1).

5. Lorsque plusieurs esclaves du même maître commettent en commun, à l'insu de celui-ci, un délit contre la propriété, le maître peut écarter l'action noxale encourue par chacun de ceux qui ont participé à l'acte en payant une fois la peine totale du délit (2).

6. Lorsque plusieurs personnes ont participé à un fait délictuel et qu'on ne réussit pas à établir la part de coopération de chacun, on regarde dans l'action pénale privée le résultat de leur action commune comme le fait de chaque complice (3).

7. Par suite de la surveillance exigée dans un intérêt public des maîtres de navire, des aubergistes et des logeurs sur leur personnel, ces maîtres ont, en vertu d'une présomption ou si l'on veut d'une fiction de complicité, à se justifier des délits contre la propriété (4) commis dans leur bateau ou leur

---

(1) Rapine *Cod.*, 3, 41, 4. — Vol : *Dig.*, 47, 6, 1, 1. — Dommage causé à la chose d'autrui : *Dig.*, 9, 2, 44, 1. l. 45 *pr.* 9, 4, 2. l. 3, l. 4 *pr.* Cpr. *Dig.*, 50, 17, 50. — Il n'est pas rationnel que le maître ait à répondre ainsi du délit de l'esclave, comme s'il l'avait commis lui-même, ainsi que la loi Quinctia le prescrit pour le cas de détérioration des aqueducs (Bruns *Fontes*, p. 116 [Girard, *Textes* [3], p. 104]).

(2) *Dig.*, 9, 2, 32. 39, 4, 3, 3. 47, 6. La clause noxale est refusée au maître, lorsqu'en cas de délit mis à la charge de plusieurs de ses esclaves il n'exhibe pas ses esclaves vivants au demandeur. *Dig.*, 39, 4, 1, *pr.* l. 12, l. 13, 3.

(3) *Dig.*, 9, 2, 11, 2. l. 51, 1. Cpr. 48, 8, 17.

(4) Paul, 2, 31, 16 18. *Dig.*, 47, 5. *Inst.*, 4, 5, 3. La clause noxale est admissible au regard des esclaves propres du maître du navire ou de l'auberge ; celui-ci est engagé sans cette restriction, si le coupable est un

auberge. Il en est de même pour le maître d'une habitation, quand un objet jeté ou tombé de sa demeure a causé un dommage à la chose d'autrui (1).

esclave étranger ou un homme libre (*Dig.*, 47, 5, 1, 5). Cpr. *Dig.*, 47, 2, 42 *pr.*

(1) Cpr. la Section du dommage causé à la chose d'autrui.

SECTION IX (104)

LIMITES PERSONNELLES ET TERRITORIALES DU DROIT PÉNAL

La délimitation du droit pénal romain, quant aux personnes et quant au territoire auxquels il s'applique, donne lieu à de grandes difficultés, parce que, d'une part, les documents ne nous renseignent pour ainsi dire pas sur ces questions importantes, et que, d'autre part, la formation de l'empire romain, très spéciale et profondément modifiée au cours des siècles, contrarie le développement logique des idées fondamentales. Le principe directeur en cette matière est celui de la distinction de la communauté romaine et de l'empire romain, c'est-à-dire de l'État particulier avec son territoire nettement délimité et son sol appartenant à des citoyens romains ou à la communauté elle-même et de la confédération dirigée par Rome, à laquelle appartiennent les villes et les États clients, reconnus autonomes par Rome en vertu d'un traité, mais qui lui sont unis par une alliance indissoluble et qui juridiquement sont sous sa dépendance.

Il y a délit pouvant donner lieu à l'application de la loi pénale romaine en cas de tort causé directement à la communauté, quels que soient la personne et le lieu, et dans les autres cas, à raison de la personne de la victime sans égard au lieu du délit, et inversement, à raison du lieu du délit sans égard à la personne de la victime. Justice d'empire.

(105) 1. Le délit dirigé directement contre la communauté ou l'empire de Rome est d'après la conception romaine une mauvaise guerre, une *perduellio*; peu importe que ce délit soit commis par un citoyen romain ou non, peu importe qu'il soit commis à l'intérieur ou en dehors du territoire romain. Nous avons précédemment (p. 85) montré que la mesure prise contre la communauté dépendante qui a plus ou moins participé à ce délit doit être, en sa qualité d'acte administratif, exclue du droit pénal. Mais nous avons précisément indiqué au même endroit, que tout événement de ce genre peut être également réprimé en vertu du droit pénal comme faute des particuliers, que dans chaque cas on a le choix entre les deux procédures et que celles-ci peuvent même être liées l'une à l'autre. Cette justice suprême de l'empire, sur laquelle nous revenons dans la Section II du Livre II, est principalement dirigée au début de la République contre les chefs des partis de l'indépendance dans les villes italiques (1), dans la dernière période de la République et sous le Principat, contre les familles royales et princières, sujettes de l'empire, mais non soumises au gouverneur de province (2), et contre les citoyens des États appartenant à l'empire mais juridiquement autonomes. Elle a pour point de départ la répresssion de délits plus ou moins politiques (3), mais ne se restreint pas à ceux-là. A l'époque

---

(1) Parmi de nombreux cas de ce genre on peut indiquer celui de Vitruvius Vaccus, de Fundi (Tite-Live, 8, 20) et du samnite Brutulus Papius (Tite-Live, 8, 39), parce que dans la seconde affaire la livraison du cadavre, donc la privation des honneurs de la sépulture, et dans les deux cas la saisie et la confiscation du patrimoine révèlent clairement qu'il s'agit de la procédure de la *perduellio*.

(2) Le gouverneur de province sollicite les rois clients, tandis qu'il commande aux provinciaux. Cicéron (*Ad. Att.*, 6, 2, 7) intercède en faveur de Brutus auprès du roi Ariobarzane de Cappadoce, mais ce sont des ordres qu'il donne aux habitants de Salamine dans l'île de Chypre : *hos enim poteram coercere.*

(3) *St. R.*, 3, 652. 688 [*Dr. publ.*, 6, 2, 277. 318]. Festus, *v. postliminium*, p. 218 : *cum populis liberis et cum foederatis et cum regibus postliminium ita nobis est ut cum hostibus.* C'est ainsi que le roi Archélaüs de Judée en l'an 6 après J. C. fut accusé par ses sujets auprès d'Auguste, parce qu'il s'était dans l'exercice de son gouvernement rendu coupable de cruautés et de manquements aux instructions qui lui avaient été données par cet

républicaine, les magistrats romains interviennent, conformément aux règles du droit pénal, bien au delà du domaine des délits politiques dans les cas de nécessité, notamment en cas de délit commis en masse. De même, l'autorité d'empire intervient sous le Principat à la suite de délits ordinaires (1), et même dans des procès non délictuels (2), au regard de personnes pour lesquelles il n'y a pas de tribunal compétent dans leur propre patrie. Il n'y a pas là d'abus, mais bien l'expression et l'usage de ce droit de souveraineté que les Romains ont exercé sur leur empire à l'époque républicaine comme sous le Principat (3). L'État Romain est un composé de villes et de principautés plus ou moins autonomes mais qui n'ont pas, même approximativement, des droits égaux; la puissance prépondérante exerce les mêmes droits qu'un chef de *domus*, et la dissolution d'une ville alliée ou la confiscation d'une principauté cliente, de même que la punition exceptionnelle d'une

(106)

empereur. Après une citation à comparaître et un débat judiciaire, il fut déposé et puni de la confiscation de son patrimoine et du bannissement (Josèphe, *Ant.*, 17, 13, 2 = 342-344. *Bell.*, 2, 7, 3 = 111). Une accusation du même genre fut portée devant Auguste contre le roi Archélaüs de Cappadoce (Dion, 57, 17) et le procès de ce roi fut fait par le Sénat sous Tibère (Dion, *loc. cit.*, Tacite, *Ann.*, 2, 42).

(1) Le prince comagénien Antiochus est sous Auguste condamné à mort par le Sénat à cause du meurtre d'un ambassadeur de son frère (Dion, 52, 43), Rhescuporis de Thrace, puis est sous Tibère condamné au bannissement par le Sénat à cause du meurtre de son frère (Tacite, *Ann.*, 2. 67). De même Auguste attire à lui une affaire de meurtre commis dans la ville libre de Cnide et acquitte l'accusé après une instruction faite suivant toutes les formes, notamment avec torture d'esclaves, par Asinius Gallus, alors proconsul d'Asie (Viereck, *Sermo Graecus*, p. 9, mais où l'éditeur n'a pas bien compris l'affaire, ni ma remarque *R. G.*, 5, 325 [*Hist. Rom.*, 10, 131]).

(2) La situation juridique de Rome dans l'empire romain ne s'est jamais manifestée d'une manière plus nette que dans le procès sur la succession à la couronne royale d'Égypte, qui a été tranché par César comme consul à Alexandrie en 706/48. *Controversias regum*, dit-il lui-même (*B. c.*, 3, 108), *ad populum Romanum et ad se, quod esset consul, pertinere existimans... ostendit sibi placere regem Ptolemaeum atque ejus sororem Cleopatram... de controversiis jure apud se disceptare. St. R.*, 3, 1197, n. 2 [*Dr. publ.*, 7, 420 n. 3].

(3) Aussi longtemps que les patriciens furent seuls considérés comme citoyens, la protection du droit a dû être accordée en même temps à leurs protégés, les plébéiens.

bande de meurtriers étrangers ou d'un prince coupable de crime, sont juridiquement assimilables au retrait par le père du pécule confié au fils et aux actes de discipline domestique.

Faits punissables, commis à l'étranger contre des Romains.

2. La loi pénale romaine est en outre applicable à tout fait punissable commis contre un citoyen de Rome et donnant lieu d'après elle à une action publique, sans qu'on ait à considérer la condition juridique de l'auteur et le lieu du délit. Le meurtrier d'un Romain est toujours considéré comme coupable au point de vue romain (1). Mais cette conception sera difficile-
(107) ment applicable au délit privé commis à l'étranger contre un Romain, surtout quand le délinquant sera un étranger.

Faits punissables, commis sur le territoire romain.

3. Tombe enfin sous l'application de la loi pénale romaine tout fait punissable d'après elle et commis sur le territoire romain, sans égard à la condition de la personne de l'auteur ou de la victime. Selon toute apparence, le droit originaire de Rome n'a pas connu cette règle fondamentale du droit public romain, à savoir le système territorial des délits. A une époque pour nous préhistorique, le meurtre n'a dû être puni par ordre de la communauté que si la victime lui appartenait comme citoyen, et le vol n'a dû être porté devant un tribunal arbitral romain que si le volé et le voleur étaient citoyens de Rome; il ne restait donc en cas de meurtre d'un non citoyen sur territoire romain, ou en cas de vol commis sur le même territoire par ou contre un non citoyen, qu'à se faire justice à soi-même. Mais la fixation des limites territoriales, qui remonte à une époque antérieure à celle où commence notre documentation, et l'établissement du peuple à titre sédentaire engendrent par la force même des choses un régime de protection juridique absolue de la vie et de la propriété à l'intérieur du territoire ainsi fixé, et met l'État dans la nécessité de demander compte de tout

---

(1) Les assassins des fils du consul (695/59) M. Bibulus, tués en Égypte, auraient dû être livrés de plein droit aux Romains par le gouvernement égyptien (Val. Max., 4, 1, 15). Les meurtriers étaient ici des soldats romains et l'extradition était d'autant plus nécessaire qu'un tribunal égyptien aurait pu difficilement les punir (p. 131). Mais les Romains avaient certainement le droit en pareil cas de demander aussi l'extradition d'assassins non citoyens.

fait punissable, commis sur le territoire romain, à l'auteur lui-même, s'il est une personne libre, au propriétaire, si c'est un esclave, sans rechercher la condition personnelle des délinquants ou de la victime. Dans le domaine du droit pénal public, l'application du principe territorial ne donnait lieu à aucune difficulté, parce que l'extension des pouvoirs du magistrat aux délits de ce genre commis contre des non citoyens dépendait uniquement de l'*arbitrium* des magistrats romains. Quant au délit privé commis par ou contre un non citoyen, l'admission de l'action, non pas en vertu d'une prescription légale, (*lege*) mais en vertu de l'arbitraire du détenteur de l'*imperium* (*imperio*), et la rédaction de la formule avec fiction du droit de cité pour les intéressés non citoyens (1) montrent de quelle manière on l'a fait entrer dans le domaine de la procédure romaine par jurés.

4. Le délit qui n'est pas dirigé contre la communauté romaine, ou qui ne cause pas un dommage à un citoyen romain, ou qui n'est pas commis sur le territoire romain, ne tombe pas sous l'application de la loi pénale romaine, à moins que, comme nous l'exposons plus loin, des exceptions aient été établies par un traité. (108)

Extradition du coupable étranger.

Après avoir ainsi délimité le cercle des actes tombant d'après la conception romaine sous la loi pénale de Rome et pouvant par conséquent donner lieu à une action pénale publique ou privée conformément à cette loi, nous devons en outre faire remarquer que l'exercice de cette action a pour condition que l'auteur se trouve sous la puissance de la communauté romaine au moment où l'action est intentée, c'est-à-dire ou qu'il soit citoyen de Rome, car celui-ci, partout où il se trouve, est soumis à la souveraineté romaine, ou qu'il sé-

(1) Par exemple, Gaius, 4, 37 : *quam ob rem, si civis Romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret*. L'introduction de cette fiction dans la procédure ordinaire romaine remonte difficilement très haut, elle, se rattache peut-être à l'introduction de la préture pérégrine. Avant elle, de tels délits n'ont pu donner lieu entre citoyens et non citoyens ou entre non citoyens qu'à une protection judiciaire extraordinaire.

journe sur le territoire romain, car la soumission à la puissance publique romaine est nécessairement liée à ce séjour (p. 78). Donc, lorsque l'action pénale ne peut pas être intentée à Rome contre un non citoyen résidant à l'étranger qui, d'après la loi romaine, s'est rendu coupable d'un délit, l'État romain garde la faculté d'assurer la punition en faisant des démarches auprès du gouvernement étranger, sur le territoire duquel se trouve cette personne, pour obtenir l'extradition (*deditio*) du prétendu coupable. La demande de dédition, à laquelle se lie régulièrement au début de l'époque latine, en cas d'expéditions de rapine commises par des voisins, une demande en restitution du bien ravi (*rerum repetitio*) (1), n'est pas un acte rentrant dans le droit pénal, mais un acte administratif. Elle est ordinairement, vis-à-vis de l'État juridiquement indépendant, une déclaration de guerre conditionnelle (2), et, vis-à-vis de l'État juridiquement dépendant, un exercice de la puis-
(109) sance souveraine (3). Les magistrats romains ne sont pas obligés de faire la demande de dédition de la même manière qu'ils sont tenus d'exercer la justice pénale ; au contraire, une demande de ce genre a pour condition préalable l'examen de la question juridique de savoir comment les traités, qui éventuellement ont été conclus avec l'État en question, règlent l'extradition (4) ; et ceux-ci ont dû, abstraction faite de la perduel-

---

(1) Tite-Live, 1, 32 et ailleurs.

(2) Il suffit de rappeler l'extradition d'Hannibal réclamée des Carthaginois *in poenam foederis rupti* (Tite-Live, 21, 6, 8) et celle de son partisan Hamilcar (Tite-Live, 31, 11, 6) exigée sous menace de guerre. Autres cas : Tite Live, 5, 36, 8 ; Denys, 5, 72 et ailleurs.

(3) La loi de Romulus prescrit que, contre une ville alliée, la guerre ne peut être commencée que pour violation du traité, après avoir tenté d'assurer l'expiation en demandant l'extradition des coupables et une indemnité ; si les deux parties violent le traité par des rapines réciproques de voisin à voisin, la déclaration de guerre juste est celle qui est portée la première à l'autre partie (Denys, 3, 3). La dédition collective est aussi étendue expressément aux individus isolés (Tite-Live, 1, 32, 8).

(4) Denys, 5, 50, les messagers romains demandent des villes latines : τοὺς ἐνόχους τοῖς ἀδικήμασιν. . ἐκδοῦναι σφίσι τιμωρίας ὑφέξοντας κατὰ τὸν νόμον, ὃν ἐν ταῖς συνθήκαις ὥρισαν ὅτε συνετίθεντο τὴν φιλίαν.

lion, contenir sur ce point des dispositions différentes (1). D'autre part, la demande d'extradition est une question d'opportunité et, dans certaines circonstances, une question de force. Juridiquement, l'acte est le même, qu'on sollicite du Sénat de Carthage la livraison de son général, du roi des Parthes celle des partisans de Pompée, ou des Massiliotes celle d'un exilé romain. Une demande de ce genre a pu sans doute être également formulée pour des délits non politiques ; mais l'extradition de l'exilé n'a été réclamée que dans des cas exceptionnels. A l'époque républicaine, on s'est régulièrement abstenu de demander l'extradition dans ce cas, non seulement par égard pour les villes alliées, mais aussi parce qu'il rentrait dans les tendances de la justice pénale d'alors de substituer l'exil volontaire des citoyens coupables à l'exécution du droit pénal (p. 81). A l'époque impériale, au contraire, on mit fin à la procédure de l'exil, soit en formant la demande d'extradition, soit en traitant simplement la ville alliée comme une ville sujette (2). Les autorités répressives ne s'occupent pas comme telles de la demande d'extradition, ce soin appartient plutôt exclusivement au gouvernement proprement dit ; à l'époque républicaine notamment, il incombe au consul et au sénat. Lorsque la demande a été formée et couronnée de succès, le coupable extradé est jugé d'après la procédure romaine ; celle-ci, comme il s'agit ici toujours de non citoyens et le plus souvent de cas de perduellion, a ordinairement lieu dans la forme de la coercition capitale des magistrats.

Ces règles fondamentales ont été maintes fois modifiées en faveur des Romains par suite de l'hégémonie de ces derniers et des traités dans lesquels elle s'exprime. Nous connaissons peu les détails de ces modifications ; fussions-nous mieux ren- (110)

Modifications par traités.

(1) Les traités déterminent vraisemblablement en première ligne dans quelle mesure l'extradition peut être demandée pour des délits non politiques ou peut être écartée par la justice de la patrie du coupable.

(2) Proculus (sous les Claudes), *Dig.*, 49, 15, 7, 2 : *fiunt apud nos rei ex civitatibus foederatis et in eos damnatos animadvertimus*. Cpr. p. 83 et *St. R.*, 3, 703 [*Dr. publ.*, 6, 2, 336].

seignés, nous découvririons vraisemblablement à côté des tendances générales beaucoup de règles divergentes; nous pouvons cependant indiquer dans une certaine mesure les directions suivies.

1. La procédure romaine de *perduellio*, dont nous avons déjà parlé, c'est-à-dire le droit pour Rome, puissance prééminente, de faire dans toute l'étendue du territoire soumis à son autorité comparaître devant un tribunal romain tout particulier, surtout lorsque celui-ci est coupable d'une offense vis-à-vis de Rome ou de la confédération, est l'expression nécessaire et l'instrument le plus énergique de l'hégémonie de Rome. Il arrive bien dans ce cas que la patrie du coupable sollicite la puissance maîtresse de lui laisser le soin de punir (1); mais les Romains n'ont probablement dans aucun traité d'alliance renoncé d'une manière générale à l'application de leur propre droit pénal. Par contre, le droit reconnu comme privilège personnel au citoyen d'une ville latine de recourir par la *provocatio* aux comices romains (2), est accordé, non pas exclusivement, mais principalement en vue du procès de *perduellio*. — Nous ne savons pas comment on a procédé, lorsqu'un Romain a offensé ainsi une cité confédérée, lorsque, par exemple, il a pris part à une insurrection. Une telle conduite n'est pas restée impunie, mais il paraît difficile que les Romains se soient obligés par traité à l'extradition d'un tel coupable et qu'ils aient transmis de cette manière la faculté de juger aux autorités de la ville confédérée; il est beaucoup plus vraisem-

---

(1) Un des cas les plus fréquents de *perduellio*, dont il est question ici, est l'entrée d'un citoyen d'une ville fédérale dans une armée qui fait campagne contre les Romains (Tite-Live, 6, 6, 5. c. 10, 7. 8, 23, 5). Les Latins (Tite-Live, 6, 17, 7) demandent en vain dans un tel cas qu'on leur envoie ces troupes, *ut suis legibus in eos animadverterent*; les habitants de Céré (Tite-Live, 7, 20, 7) laissent aux Romains le choix : *eos seu dedi placeat, dedere se paratos esse, seu supplicio affici, daturos poenas.*

(2) *St. R.*, 3, 634 [*Dr. publ.* 6, 2, 257]. La *lex repetundarum*, du temps de C. Gracchus, l. 78, donne comme récompense au citoyen d'une ville de droit latin, qui a triomphé dans le procès de concussion, le choix entre le droit de cité romaine et le droit de *provocatio* aux comices romains.

blable que dans ce cas comme dans le cas suivant le délit a été renvoyé à titre exceptionnel à la justice romaine.

2. Lorsque les règles fondamentales de la procédure pénale publique sont appliquées uniformément à Rome et aux villes autonomes alliées, le citoyen romain qui assassine un habitant de Préneste est soumis de ce chef au pouvoir répressif de Pré- (111)
neste et à celui-là seul, si le crime a été commis en dehors du territoire romain ; si le coupable séjourne à Rome, la communauté de Préneste peut faire une demande d'extradition. Mais il est probable que les Romains se sont efforcés de bonne heure, déjà au regard des Latins et bien plus encore au regard des États autonomes de nationalité différente, d'organiser le procès délictuel comme le procès non délictuel, de telle façon que le citoyen romain ne pût être cité devant aucun tribunal de Préneste et que son extradition ne pût être demandée, donc qu'il ne reçût justice que des autorités romaines (1) ; un pareil résultat était particulièrement important pour les procès criminels, puisque le Romain jouissait alors de la *provocatio*. Il en résultait une extension du champ d'application de la procédure pénale romaine, puisque le délit commis à l'étranger par un citoyen romain contre un non citoyen était ainsi réprimé par la justice romaine.

3. Lorsque d'après ces règles fondamentales l'étranger coupable d'un délit public contre un Romain ne peut pas être puni

(1) Lorsque l'autonomie de l'île de Chios fut confirmée en 674/80 par le Sénat dans la mesure ὅπως... οἱ παρ' αὐτοῖς ὄντες Ῥω[μαῖο]ι τοῖς χείων ὑπακούωσιν νόμοις (*C. I. Gr.*, 2222), il put y avoir là une faveur exceptionnelle, et il y en a eu certainement d'autres de ce genre. Mais la question se pose sans doute aussi de savoir si les lois pénales de Chios, notamment les lois pénales publiques, sont comprises dans cette reconnaissance d'autonomie. (*St. R.*, 3, p. 702, n. 2, p. 706, n. 2 [*Dr. publ.*, 6, 2, 335 n. 3, 339 n. 3]). Lorsque le citoyen romain Paul fut conduit devant l'Aréopage d'Athènes (Act. Ap., 17), il n'y avait là que l'introduction d'un procès auquel on ne donna pas suite. Cela ne prouve donc pas le droit pour l'Aréopage de punir un citoyen romain par voie de procédure criminelle. D'autre part, on ne peut reconnaître dans les cas où des villes grecques sont punies pour avoir exercé la justice criminelle contre des citoyens romains (*St. R.*, 3, 687 [*Dr. publ.*, 6, 2, 317], si le droit de répression leur faisait défaut ou si elles l'ont mal exercé

dans sa patrie, mais seulement à Rome après extradition, il est bien probable que, notamment dans l'ancien temps, des traités ont assez souvent exclu dans ce cas la *deditio* et lui ont substitué la répression par les tribunaux de la patrie du délinquant. Mais inversement, l'extradition, à laquelle est subordonnée l'exercice de la procédure pénale romaine, a pu être facilitée vis-à-vis des États dépendants par un traité et se transformer d'une demande d'assistance adressée à un ami et allié en un ordre administratif. Quant à la concurrence de la répression romaine avec celle de la patrie du coupable, elle a dû être tout spécialement écartée par voie de traité.

4. Le développement de la ligue Latine sur le fondement de
(112) la communauté de nationalité et les traités qui s'y rattachent plus ou moins ont assimilé aux actions non délictuelles les actions nées de délits privés et les ont en général renvoyées au tribunal du domicile du défendeur, de telle sorte que le Romain volé par un habitant de Préneste, portait son action à Rome ou à Préneste, suivant que le voleur habitait ici ou là. La situation privilégiée, à laquelle les Romains prétendirent à cet égard notamment dans les provinces et qui amena la création des tribunaux des gouverneurs de province, présente un caractère plus général et est surtout indiquée à propos de la théorie des actions personnelles, bien qu'elle ait également son importance pour les obligations délictuelles ; nous n'avons aucune raison pour en faire un exposé spécial en droit pénal.

SECTION X

(113)

DIVERSITÉ ET UNIFICATION DES DROITS DANS L'EMPIRE ROMAIN

D'une ligue de cités organisées en un tout homogène l'empire romain est devenu un État unitaire. Il n'y a pas eu d'opposition absolue entre les deux stades de l'évolution, la transformation s'est produite peu à peu. Dans l'ancienne organisation qui l'emporte à l'époque républicaine et pendant les deux premiers siècles de l'époque impériale, il y a une loi d'empire; dans l'organisation postérieure de la cité on trouve des réminiscences de l'époque originaire, où Rome était un État. Notre connaissance de ce développement politique qui s'accomplit avec des particularités infinies pendant de nombreux siècles et s'étend à trois parties du monde est plus qu'imparfaite et elle est encore plus défectueuse pour le droit pénal que pour les autres domaines; il est cependant nécessaire pour fixer la notion du droit pénal romain de jeter un regard sur ces parties de l'empire romain, dans lesquelles jusqu'à l'époque de la décadence du Principat ce droit pénal n'a pas trouvé d'application ou n'en a trouvé que d'une manière restreinte. Droit d'empire et droit municipal.

Il n'est pas besoin d'explications spéciales pour prouver qu'il ne peut être question d'une procédure pénale en dehors des limites de l'empire vis-à-vis des pays étrangers non soumis (1).

---

(1) Un traité peut, en réglant les relations commerciales (*St. R.*, 3, 600 [*Dr. publ.*, 6, 2, p. 217]), établir aussi qu'en cas de violation du traité il n'y

(114) Le domaine juridique des cités.

La ligue des villes latines, point de départ de l'empire romain, embrasse les villes du Latium déjà unies entre elles par les liens d'une communauté préhistorique et par l'identité de nationalité; chacune d'elles, ainsi que nous l'avons expliqué dans la Section précédente, est certainement limitée dans la plénitude de ses pouvoirs par les traités qu'elle a conclus avec Rome, mais elle demeure cependant un État souverain avec sa législation particulière et avec son organisation juridique et pénale propre. Sur ce modèle, on rattacha d'abord aux villes latines les autres cités de l'Italie, puis les cités provinciales, qu'elles fussent helléniques, hellénisées ou latinisées. On déplaçait ainsi le vieux fondement national et substituait à la ligue latine l'empire bilingue; c'était le premier pas vers la dernière phase de l'empire romain, vers le byzantinisme. Le fondement juridique de l'Empire est cependant resté en substance le même. L'empire repose sur l'autonomie municipale, sans qu'on distingue si cette autonomie est garantie conformément au droit public dans la forme d'un traité ou si elle est simplement permise jusqu'à nouvel ordre par la puissance prééminente. Le territoire de Préneste appartient aux Prénestins, celui de Syracuse aux Romains ; mais l'autonomie reconnue aux Prénestins par un contrat juré compète également aux Syracusains en vertu d'un précaire et aussi longtemps qu'elle ne leur est pas retirée et les conséquences de cette autonomie sont identiquement les mêmes pour les citoyens des deux villes : il y a à Syracuse comme à Préneste des mariages et des affranchissements valables en droit et même reconnus à Rome. Chacune de ces villes a, rigoureusement parlant, un droit indépendant et même une législation propre; à l'époque de Septime Sévère, le sénat et l'assemblée

---

a pas à se faire justice à soi-même, mais que des négociations doivent avoir lieu entre les deux États sur ce point (ce procédé est visé par le traité de Carthage chez Polybe, 3, 24, 10 : δημόσιον γινέσθω τὸ ἀδίκημα), de même qu'en cas de vente et d'achat l'État agit comme créancier et débiteur (le même, 3, 22, 9 : δημοσίᾳ πίστει ὀφειλέσθω τὰ ἀποδομένα). Mais ces actes n'appartiennent ni au droit civil ni au droit pénal, ils rentrent dans l'administration et sa justice fiscale.

des citoyens de la ville de Mylasa en Carie ont encore promulgué une loi sur le change qui contient quelques dispositions de droit pénal (1).

Princes clients

On trouve aussi des principautés qui furent rattachées dans les mêmes conditions à l'empire et dont les seigneurs ont gardé le pouvoir législatif et la souveraineté judiciaire, quoique par l'union de leur territoire ils passaient personnellement sous la juridiction des autorités romaines (p. 122, n. 3, p. 123, n. 1). Lors de la suppression du gouvernement de ces princes, peu en harmonie avec l'organisation générale de l'Empire, le territoire fut ordinairement divisé en circonscriptions municipales ; en Égypte seulement, où la constitution municipale hellénique ne s'était pas implantée, l'empereur romain maintint pendant des siècles le fonctionnement de l'ancien gouvernement et de l'ancienne justice royaux par l'intermédiaire du vice-roi et des autres autorités usitées dans ce pays. (115)

Il y avait donc en droit strict dans l'empire romain autant de circonscriptions législatives et autant de droits pénaux qu'il y avait d'États autonomes ou quasi autonomes ; la circonscription juridique des citoyens romains, celle du *jus civile*, était la plus éminente et la plus étendue ; mais celles de Préneste, d'Athènes, même celles de Syracuse et d'Égypte occupaient en substance le même rang qu'elle.

Rapport des droits municipaux italiques avec le droit romain.

Ces législations, distinctes en la forme, étaient sans contredit dans une large mesure identiques quant au fond. Sans aucun doute, le droit romain est par origine non un droit municipal, mais un droit national, et il est difficile qu'il y ait eu notamment en droit pénal des différences profondes entre Rome et Préneste. Les innovations réalisées par la loi des XII Tables en cette matière, n'ont pas pu passer *de plano* dans le droit

(1) Th. Reinach, *Bull. de Corr. Hell.*, 20 (1896), p. 523 et sv. La loi est désignée comme ψήφισμα τῆς β[ουλῆς καὶ τοῦ δήμου] et commence par les mots : δεδόχθαι τῇ [βουλῇ καὶ τῷ δήμῳ]. Il n'y est pas question d'une confirmation par le gouverneur de province ou l'empereur (car les mots διὰ [τὴν τ]ῶν... αὐτοκρατόρων... τυχήν qu'on trouve dans les fragments de l'introduction n'établissent pas cette confirmation) ; fût-elle d'ailleurs nécessaire, l'autonomie aurait été par là restreinte, mais non supprimée.

des autres cités latines; c'est ainsi que la suppression du talion prononcée par cette loi pour le cas de rupture d'un os (p. 71) n'a pas été admise par les autres villes latines (1). Mais les plus importantes différences se sont peu à peu atténuées et les cités, que Rome a dotées plus tard d'une indépendance conforme à celle qui est garantie par la ligue, et qui par leur nombre et leur importance dépassent de beaucoup les anciennes villes latines, ont certainement emprunté principalement leur droit municipal à Rome, quoiqu'il soit nominalement désigné comme latin. On peut trouver la preuve de l'influence prépondérante exercée par le modèle romain sur les organisations mnnicipales à l'époque de l'autonomie italique dans la loi sur le tribunal populaire de la ville de Bantia en Lucanie, qui n'est pas même unie à Rome par la communauté de langue : le système romain des quatre dénonciations, établi nécessairement par une loi positive, y est reproduit sans différences essentielles (2). Nous n'avons presque
(116) pas de dates positives pour refaire cette histoire; mais nous pouvons conclure du silence des documents que, notamment sur le terrain du droit pénal, il n'y a pas de différences marquantes entre le droit de Rome et celui des villes latines ou latinisées de l'empire.

Les droits municipaux de la moitié grecque de l'empire.

Il en est autrement pour les villes de nationalité grecque et pour les villes et États de la partie orientale de l'empire, dominés par l'influence grecque ; de même que le latin est toujours resté pour eux une langue étrangère, ils ne se sont jamais approprié le droit de la ville souveraine. Il y a eu difficilement dans l'empire romain un droit grec commun à plusieurs peuples, à la manière du droit romain (3), et il faut pour

(1) Caton *in IIII originum* chez Prixien, p. 709 Putsch.

(2) Bruns, *Fontes* [6], p. 51 [Girard, *Textes* [3], p. 28]. On compte ici en comprenant la citation cinq ajournements et il y a pour le *trinundinum* un délai de trente jours.

(3) *Reichsrecht und Volksrecht* (spécialement p. 61 et sv.) de Mitteis est incontestablement parmi les recherches qui ont été faites à notre époque dans le domaine de l'ancien droit une des meilleures et des plus utiles ; mais il est plus facile de la louer que de l'approuver dans ses résultats fondamentaux. Il est difficile d'admettre l'existence d'un droit grec posi-

cette partie de l'Empire considérer toute circonscription juridique autonome comme formellement indépendante. En tout cas, les règles qui y sont appliquées sont souvent essentiellement différentes de celles du droit romain. Cette divergence se manifeste notamment dans le droit des personnes, qui suppose comme condition indispensable un droit de cité positif. Cela s'applique surtout au mariage (1); le mariage des frères et sœurs consanguins a été permis à Athènes (2) et celui de tous les frères et sœurs a été en général autorisé en Égypte (3) jusqu'au deuxième siècle après Jésus-Christ. De
même, dans cette partie de l'empire, la puissance paternelle (4), (117)
l'affranchissement (5), le testament (6), la tutelle (7) parais-

---

tif à l'intérieur de l'empire romain ; car la base constitutionnelle indispensable pour la formation d'un droit positif fait ici défaut ; bien plus cette hypothèse est exclue par le principe supérieur du gouvernement romain, d'après lequel on peut bien permettre à l'intérieur de l'empire romain l'autonomie de villes prises isolément, mais non pas des organisations politiques plus importantes de même nature que l'État. La concordance de fond de nombreuses règles qui s'écartent du droit romain, dont aucune n'appartient au droit pénal, ne peut être attribuée qu'à une communauté de vie politique antérieure ou qu'à la prépondérance de la civilisation grecque qui se manifeste spécialement dans le commerce d'argent et dans le commerce en gros.

(1) Gaius, 1, 92.

(2) Sénèque, *Lud.*, 8 : *Athenis dimidium licet* (par rapport au mariage de frères et sœurs) *Alexandriae totum.* « Plutarque (*Themistocl.*, 32) mentionne encore un cas certain de mariage de frère et sœur avec cette seule addition οὐχ ὢν ὁμομήτριος sans exprimer aucune critique. Lorsque les sophistes relèvent un inceste entre frères et sœurs ils supposent que ceux-ci ont la même mère, ainsi pour les enfants d'Aiolos (Aristophane, *Nuées*, 1371 ; mais non chez Homère). Dans le mariage de Ptolémée avec sa sœur la seule chose qui éveille les scrupules c'est qu'Arsinoé est la fille de Bérénice ; le fait qu'elle a épousé auparavant son demi frère n'avait soulevé aucune difficulté » Wilamowitz.

(3) Sénèque (n. 3). Les documents du temple d'Arsinoé de l'année 189 ap. J.-C., (Wilcken, *Sitz. Ber. der Berliner Akademie*, 1883, p. 903) mentionnent de nombreuses sœurs qui épousèrent leurs frères, parmi lesquelles une τὴν τούτου γυναῖκα οὖσαν αὐτοῦ ὁμοπάτριον καὶ ὁμομήτριον ἀδελφήν.

(4) Gaius, 1, 55.

(5) Le préteur protège celui qui a été affranchi par un pérégrin, εἰ μὴ ἄλλως νόμῳ Ἑλληνικῷ χειρογραφηθῇ (Dosithée, fr. *de manum*, 12).

(6) Ulpien, 20, 14 ; *qui dediticiorum numero est,... nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis est, ut secundum leges civitatis suae testetur.*

(7) Cicéron, *Pro Flacco*, 30, 74 : *tutor his Graecorum legibus adscribendus fuit.* Gaius, 1, 193.

sent avoir été organisés d'une manière indépendante. Il en est ainsi pour tous les domaines juridiques, par conséquent aussi pour le droit pénal. L'aréopage athénien a encore, à l'époque impériale, puni au criminel un falsificateur (1); à Sparte, la législation de Lycurgue (2), et en Sicile, le droit pénal des différentes cités, même celui des villes sujettes (3), furent encore appliqués sous la domination romaine. Il n'est pas possible qu'il n'y ait pas eu des divergences matérielles entre ces différents droits pénaux, bien que nous soyons peu renseignés sur ce point; on peut conjecturer que, pour les délits de religion, les droits locaux ou les coutumes juridiques des pays grecs et orientaux ont été en rapport avec le puissant fanatisme qui y régnait et ont dépassé de beaucoup la modération du droit d'empire. — Tout ce qui nous a été transmis dans cet ordre d'idées, soit le droit pénal athénien ou spartiate, soit toutes les autres indications de même nature que nous rencontrons (4), n'appartient pas par principe au droit pénal romain.

(118) Les tribunaux romains et le droit non romain.

En face de cette grande variété de législations reconnues dans l'empire romain, les autorités romaines avaient pour mission de les appliquer toutes également, chacune dans leur

---

(1) Tacite, *Ann.*, 2, 55. Val. Max., 8, 1, *Amb.*, 2. De même, lorsque l'apôtre Paul fut conduit devant l'Aréopage, il y avait là le commencement d'un procès criminel, qui fut abandonné, vraisemblablement à cause de la qualité de citoyen romain de l'accusé (p. 129, n. 1). C'est à cela que se rapporte aussi la mention d'Athènes chez Théodoret (p. 144, n. 1).

(2) Néron ne pénétra pas à Sparte, parce que les lois de Lycurgue contredisaient ses principes (προαίρεσις) (Dion, 63, 14); c'est donc qu'elles étaient encore en vigueur. Théodoret (p. 144, n. 1) nomme aussi cette ville.

(3) Cicéron, *Verr.*, l. 2, 37, 90.

(4) Au nombre de ces indications figurent par exemple dans Cicéron, *Pro Balbo*, 18, 42 la punition de l'accusateur de Balbus par le Sénat (car c'est pour cela qu'il est mentionné ici) à des peines pécuniaires et autres (*multa et poena*), ce qui ne se concilie pas avec les règles du droit romain; et, dans le statut de Mylasa (p. 133, n. 1) du temps de Septime Sévère, l'action tendant à l'application d'une amende pour délit de falsification de monnaie, qui était porté par προσαγγελία devant la βουλή. La distinction que le droit d'Alexandrie fait au point de vue de la peine des verges entre les Grecs et les Égyptiens (Philon, *Adv. Flacc.*, 10) est bien analogue, mais non pas conforme aux prescriptions romaines.

circonscription. Il n'y avait à cet égard, du moins en principe, aucune différence entre les organes de l'Empire et les autorités locales ; la validité d'un testament romain pouvait être débattue devant un tribunal attique, celle d'un testament attique devant un tribunal romain, et l'exacte application des droits personnels créait en fait, sinon en théorie, des difficultés au tribunal saisi.

Le *Jus Gentium* en matière délictuelle.

Mais dans les autres parties du droit, notamment en matière de délits, les tribunaux avaient nécessairement besoin, déjà pour cette seule raison que les parties en cause avaient souvent un état juridique différent, d'un droit semblable au droit civil positif, qui ne se restreignît pas comme celui-ci aux citoyens romains et qui s'appliquât à tout sujet de l'empire ; ce droit fut suivant la désignation romaine le « droit des gens » ou *jus gentium*. Celui-ci a son point de départ dans la magistrature du préteur urbain de Rome et a vraisemblablement gardé son indépendance, lorsque vers l'époque de la guerre d'Hannibal on donna au tribunal de Rome un second magistrat, réservant au premier les procès concernant les Romains et les Latins, et attribuant au second les procès dans lesquels figurent des parties non romaines ou jouissant de droits personnels différents. Cette séparation d'un caractère purement externe ne s'est pas renouvelée dans la suite ; abstraction faite de la ville de Rome, les deux parties ont été communément renvoyées au même magistrat. Mais elle a exercé dans le développement postérieur du droit romain une influence essentielle sur le fond même de ce droit. Ce n'est pas le lieu de rechercher ici quel fut le domaine réservé au procès purement romain, ni quelles furent les transformations et les extensions subies par les institutions romaines dans leur transfert à un groupe plus étendu ; nous n'avons ici qu'à tirer les conséquences du principe, d'après lequel la notion de délit, soit public, soit privé, a été établie non pas pour le citoyen seul, mais pour l'homme en général. Même en cas de perduellion le droit traite de la même manière le citoyen et le non citoyen (p. 122) ; en cas de meurtre, d'incendie volon-

taire, de vol, de dommage causé à la chose d'autrui on recherche uniquement s'il y a une faute morale, sans s'inquiéter de la condition personnelle du coupable. Sans doute, la législation en matière de délit, de procès et de peine vise surtout le citoyen ; mais les règles qui sont établies de cette manière n'ont qu'exceptionnellement besoin d'une adaptation pour être appliquées aux non-citoyens. La perquisition à do-
(119) micile, usitée en cas de vol et à laquelle se lient des actions spéciales, n'est vraisemblablement pas passée dans l'édit du préteur pérégrin ; et si autrefois le préteur urbain nommait toujours pour prononcer la sentence un seul juré, tandis que le préteur pérégrin désignait toujours des récupérateurs, ce qui à vrai dire n'est qu'une conjecture, il est possible que des divergences de fond se soient rattachées à cette différence de pratique même dans les procès délictuels. Dans les lois qui nous sont parvenues nous ne trouvons pas de telles divergences. Même lorsque le droit pénal traite d'institutions qui appartiennent exclusivement au droit des personnes, comme le testament et le mariage, il peut aisément réaliser une généralisation du délit ; car ces institutions se retrouvent dans les autres législations de l'empire comme en droit romain. Nous ne savons pas si le délit de faux en matière de testament s'est restreint au début au testament romain ; en tout cas, dans nos sources juridiques il se présente comme s'appliquant au testament en général. Lorsque l'adultère fit l'objet d'une répression criminelle, on ne lui donna pas comme base le mariage du droit civil romain, mais une notion plus large qui embrassait tous les mariages pérégrins. Les documents ne nous parlent pas de *jus gentium* à propos des prescriptions sur les délits ; la seule raison en est que les règles étroites et formalistes du droit civil ne s'appliquent pas en général à cette matière. Cette conjecture est confirmée par une exception ; en effet, l'inceste n'est qualifié de délit d'une application générale par le droit commun aux différents peuples ou *jus gentium*, qu'autant que la peine qui le réprime est fondée en morale.

Tolérance du gouvernement romain vis-à-vis des droits locaux.

Le gouvernement romain a supporté en principe pendant de longs siècles la grande diversité des statuts juridiques existant à l'intérieur de l'empire et dont les autorités romaines avaient suivant les circonstances à permettre ou à faire l'application. Il n'a nullement été privé du droit d'opérer une unification par la législation d'empire et il en a fait usage dans d'autres branches du droit (1); mais il y eut, à notre connaissance, peu de mesures de ce genre pour le droit pénal à l'époque républicaine (2) et le Principat lui-même, si riche par ailleurs en dispositions rendues pour tout l'empire, ne nous offre ici que de rares exemples de prescriptions aussi (120)
générales.

Sous l'action simultanée de deux causes : restrictions prudentes et spontanées dans l'exercice du droit de souveraineté et sentiments de crainte mêlés d'indolence vis-à-vis de toute réforme empiétant sur l'autonomie (3), la pensée dominante du gouvernement romain a été, sous la République comme

---

(1) *St. R.*, 3, 619. 693 [*Dr. publ.*, 6. 2, 241. 325].

(2) Si le sénatus-consulte de 568/186 sur les Bacchanales défend à tous les sujets de l'Empire de prendre part à ces manifestations rituelles (*Bacanalia ne quis adiese velet ceivis Romanus neive nominus Latini neve socium quisquam*) et decrète *rem caputalem faciendam* vis-à-vis des contrevenants et si cette résolution du Sénat est affichée publiquement dans toutes les communautés dépendantes, cela ne peut pas avoir d'autre signification que d'imposer à chaque ville la modification de son droit pénal conformément à ces principes, dans la mesure où cela est nécessaire.

(3) La preuve la plus remarquable de la tolérance montrée par l'Empire, même vis-à-vis des institutions contraires au droit romain, nous est donnée par la procédure capitale juive. Origène (*Ad Africanum* 14) nous rapporte d'après des observations personnelles qu'à son époque l'ethnarque exerçait sur les juifs de Palestine une puissance de fait égale à celle des anciens rois : γίνεται δὲ καὶ κριτήρια λεληθότως κατὰ τὸν νόμον καὶ καταδικάζονταί τινες τὴν ἐπὶ τῷ θανάτῳ οὔτε μετὰ τῆς πάντη εἰς τοῦτο παῤῥησίας οὔτε μετὰ τοῦ λανθάνειν τὸν βασιλεύοντα. *Sermo legis*, dit-il ailleurs (dans le commentaire de la lettre aux Romains d'après la traduction de Rufinus, p. 6, c. 7, p. 578, éd. Maur.) c'est-à-dire le droit juif *homicidam punire non potest nec adulteram lapidare, haec enim sibi vindicat Romanorum potentia.* Cette justice des ethnarques est le vieux droit pénal royal d'après lequel le Christ a été jugé, elle disparut en droit avec la chute de la nation juive. Elle peut sans doute avoir recouvré sous les ethnarques ou patriarches une situation analogue à celle du droit municipal ; mais la juridiction capitale n'appartenait pas aux magistrats municipaux.

sous le Principat, que la loi morale consacrée par l'État, c'est-à-dire le droit pénal, n'a pas nécessairement autant besoin d'unité que l'empire lui-même et qu'un mariage punissable d'après le droit romain peut être toléré comme mariage athénien. Il est néanmoins vraisemblable que le gouvernement est plus souvent intervenu contre les droits locaux que ne le laissent entrevoir les documents, particulièrement pauvres en renseignements sur ce point. C'est bien en partie à des considérations de ce genre que nous devons la limitation de la juridiction capitale des cités autonomes par le droit de confirmation auquel prétendaient les magistrats romains investis de l'*imperium*, limitation à mentionner à propos du tribunal du gouverneur de province et qui remonte au moins aux débuts du Principat. A cet ordre d'idées appartient certainement l'extension de la notion de meurtre aux sacrifices humains permis par certains droits locaux, qui eut lieu pour la Gaule sous la dynastie Julia-Claudia (1), pour les Cypriotes sous Hadrien (2), pour les Africains, à ce qu'il semble, au
(121) deuxième siècle après Jésus-Christ (3). En outre, sous Antonin le Pieux, on interdit au propriétaire de tuer son esclave et on abroge les dispositions contraires des lois particulières (4). Sous Dioclétien, il semble que la polygamie soit interdite à tous les sujets de l'Empire (5). Quant à la constitution d'Ha-

---

(1) Pline, *H. N.*, 30, 1, 13. Suétone, *Claud.*, 25.

(2) Lactance, *Inst.*, 1, 21.

(3) Tertullien, Apol., 9 : *infantes penes Africam Saturno immolabantur palam usque ad proconsulatum Tiberii* (ainsi dans le manuscrit). Comme pour appuyer son affirmation il en appelle au témoignage de la *militia patriae nostrae*, on est porté à conjecturer qu'il pense ici à son père, un *centurio proconsularis*.

(4) Gaius, 1, 53 : *hoc tempore neque civibus Romanis neque ullis aliis hominibus, qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos saevire ; nam ex constitutione imp. Antonini qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri jubetur quam qui alienum servum occiderit.*

(5) Tandis que Valérien répond en 258 dans un rescrit (*Cod.*, 9, 9, 18, pr.) : *cives nostri matrimonia contrahere plura prohibentur*, Dioclétien décrète (*Cod.*, 5, 5, 2) en 285 : *neminem qui sub dicione sit Romani nominis, binas uxores habere posse vulgo patet, cum et in edicto praetoris hujusmodi viri infamia notati sint : quam rem competens judex inultam esse non patietur.* Cette pres-

drien contre l'inhumation dans les villes, les jurisconsultes postérieurs l'interprètent en ce sens qu'elle supprime tous les statuts particuliers contraires, parce que le droit d'empire abroge les droits locaux (1). — Cette règle a été en vigueur à toutes les époques ; mais ce n'est qu'avec la réception du christianisme comme religion d'État sous Théodose I[er] que la législation a principalement tendu à faire pénétrer chez les sujets de l'Empire, en même temps qu'une même croyance, une notion de moralité étroitement unie à celle-ci et la même pour tous, et s'est efforcée par suite de modifier en ce sens le droit pénal, allant même jusqu'à soumettre autant que possible les sujets non chrétiens de l'empire aux prescriptions chrétiennes adoptées par l'État. Les conséquences de ce système seront développées plus loin, en particulier à propos du droit du mariage (2) et surtout à propos du nouveau crime d'État, l'hérésie.

Mais ce n'est pas par la législation d'empire, dont le champ d'application a toujours été limité et qui à l'époque postérieure n'a jamais réglé que des questions isolées, que le droit romain est devenu en principe dans la suite un droit général d'empire. Cette réforme s'est réalisée par l'extension continue du droit de cité romaine, qui finalement a appartenu à tous (122)
les citoyens des villes de l'empire.

Unification du droit par suite de l'extension du droit de cité romaine.

Nous aurons à montrer dans le Livre suivant, à propos de la juridiction municipale, à quelle époque tardive et avec quelles hésitations les Romains en sont arrivés à admettre une ville de citoyens dans l'État de citoyens. Tandis que l'établissement de cours de justice extra-urbaines ne soulevait pas de critiques graves, il leur semblait que la constitution d'un

cription appliquée aux Juifs par Théodose I[er] (*Cod.*, 1, 9, 7) est donc au moins plus vieille théoriquement

(1) *Dig.*, 47, 12, 3, 5 ; cpr., *Vita Pii*, 12.

(2) La faculté accordée jusque-là en Égypte à la femme mariée d'épouser le frère de son mari décédé, lorsque son mariage avait été conclu mais non consommé, fût supprimée par Zénon et on y introduisit aussi la règle d'après laquelle le simple consentement suffit à la pleine validité du mariage (*Cod.*, 5, 5, 8).

groupe de citoyens organisé sur le modèle de l'État global avec une juridiction indépendante et des comices spéciaux, donc avec une souveraineté judiciaire et un pouvoir répressif propres, formait un État dans l'État et était au point de vue juridique une contradiction en soi et au point de vue politique un danger. Pendant des siècles la domination romaine ne s'est étendue que de deux manières : d'une part, par l'incorporation de la cité vaincue à la cité romaine, qui se réalisait le plus souvent au début par la destruction des murs de la cité dissoute et le transport de ses habitants à Rome, et qui eut lieu plus tard par la constitution d'établissements de citoyens sans droit municipal, et, d'autre part, par la formation déjà mentionnée (p. 133) d'un État confédéré avec son droit de cité propre et une souveraineté limitée. En principe, ce n'est qu'après la Guerre Sociale que le gouvernement romain a consenti à admettre des communautés de citoyens autonomes et à fonder sur cette base le nouveau droit public. La conséquence nécessaire de cette réforme était l'unification du droit (1). Elle n'exclut évidemment pas l'établissement de droits locaux, elle l'implique bien plutôt en partie, même en droit pénal. L'organisation d'une ville de citoyens sur le modèle de Rome exige des dispositions analogues à celles de Rome pour le péculat commis vis-à-vis du patrimoine de la communauté et pour l'*ambitus* en matière de brigue des magistratures municipales. Dans d'autres domaines moins importants, on a laissé le champ libre à l'arbitraire de l'assemblée des citoyens; des règles particulières pouvaient être maintenues ou introduites en matière d'inhumation (p. 141, n. 1) ou dans les questions religieuses (2) sans préjudicier au principe de

(1) *St. R.*, 3, 811 [*Dr. publ.*, 6, 2, 461].

(2) Sénèque, *Quaest. nat.*, 4, 7 : *decuriones judicia reddebant in illos, quibus delegata erat cura providendae tempestatis, quod neglegentia eorum vineae vapulassent aut segetes procidissent.* Le droit pénal romain ne connaît pas comme celui d'Ulubres un crime consistant à négliger de conjurer la pluie. De même, la procédure criminelle d'indignité, possible contre le décurion d'après la *lex coloniae Genetivae*, ne se rencontre pas en droit romain.

l'uniformité juridique. Mais celle-ci elle-même était indispensable. Les sacrifices humains des Gaulois ont déjà été interdits aux citoyens romains par Auguste ; ils n'ont été prohibés d'une manière générale que plus tard (p. 140, n. 1 ; p. 140, n. 3, 4).
Toute admission d'une communauté préexistante dans le groupement des citoyens romains, de même que toute constitution d'une nouvelle communauté de citoyens, implique par conséquent la révision du droit municipal en vigueur ou l'établissement d'un nouveau statut local. Nous reviendrons dans le Livre suivant à propos de la juridiction municipale sur les limites dans lesquelles ces divergences peuvent être admises. En général, ces droits particuliers ont suivi de près le droit romain ; c'est ce que prouve la disparition du droit latin du mariage, notamment du caractère obligatoire des fiançailles, lors de la grande constitution des cités italiques qui eut lieu après la Guerre Sociale (1). (123)

Le droit général d'empire de la dernière période.

Étant donné cet état de choses, on peut caractériser l'extension du droit de cité romaine à toutes les villes de l'empire romain, qui fut ordonnée au commencement du IIIe siècle par le gouvernement impérial (2), comme une transformation du droit romain en droit d'Empire. Des divergences juridiques ont évidemment persisté, surtout parce que cette réforme se place à une époque de mauvais gouvernement et de désordre ; mais elles ont eu difficilement une grande portée. Le droit pénal d'Athènes et celui de Sparte furent ainsi abrogés et les mariages entre frères et sœurs ainsi que la polygamie furent désormais légalement impossibles dans ces pays. Si cette dernière s'est maintenue dans la ville syriaque d'Héliopolis jusqu'à l'époque de Constantin Ier (3), il s'agit là de vieux usages rituels qui ont persisté en dépit de la loi. C'est donc avec raison que depuis Alexandre Sévère on traite et

(1) Aulu-Gelle, 4, 4. 3. *St. R.*, 3, 692 [*Dr. publ.*, 6, 2, 323].
(2) Ulpien. *Dig.*, 1, 5, 17. Cpr. mes explications sur cette constitution dans *Hermes*, 16, 494 et sv. *St. R.*, 3, 699 [*Dr. publ.*, 6, 2, 331].
(3) Socrate, *Hist. Eccl.*, 1, 18.

désigne universellement le droit romain comme le droit unique de l'Empire (1).

Sans doute, il faut, comme on l'a déjà indiqué, limiter la
(124) portée de cette remarque aux sujets de l'empire qui jouissaient du droit de cité dans l'une des villes de l'Empire. La communauté municipale de citoyens constituait depuis la Guerre Sociale l'unité politique pour l'ensemble du peuple et elle est devenue l'unité pour l'administration de l'empire, depuis que le droit de cité romaine a été accordé à quiconque avait droit de cité dans une communauté municipale. Mais il y eut même encore après cela des sujets de l'empire qui ne vivaient pas d'après le droit municipal gréco-romain : comme les affranchis latins et déditices qui ne furent assimilés aux citoyens que par Justinien (2) ; les membres des communautés qui d'après les différents droits municipaux n'étaient pas considérés comme citoyens (3) ; les groupements existant en de-

---

(1) Sous Alexandre Sévère, Grégoire le Thaumaturge (*Paneg. in Orig.*, 1) remarque combien l'étude du droit romain lui paraît difficile à cause de la langue, quoique les lois elles-mêmes soient excellentes et au plus haut point grecques, οἷς νῦν τὰ πάντων τῶν ὑπὸ τὴν Ῥωμαίων ἀρχὴν ἀνθρώπων κατευθύνεται πράγματα. Dans un procès criminel qui se déroule sous Constantin devant le proconsul d'Achaïe (Eunape, *Vita Juliani*, p. 70. Boissonade), celui-ci recommande instamment aux professeurs athéniens et aux étudiants le droit romain. εἴσεσθέ γε αὐτίκα ἡλίκον ἐστὶ καὶ οἷον τὸ παρὰ Ῥωμαίοις δίκαιον. Théodoret (Ἑλλ. παθημ. θηραπευτική *Tract.*, 9, p. 337 et sv. Gaisford) au milieu du vᵉ siècle fait ressortir l'unité juridique réalisée à l'intérieur des frontières romaines et le fait en visant spécialement Athènes et Sparte. Autres preuves, chez Mitteis, *Volksrecht und Reichsrecht*, p. 160.

(2) On trouve aussi parmi les peines dans les lois de l'époque de Constantin la privation du droit de cité sous réserve de la liberté (ainsi *C. Th.*, 3, 30, 4), donc le rejet au nombre des *dediticii*.

(3) J'ai exposé, *Hermes*, 16, 458 et sv. ; 19, 69 et sv. comment une communauté de citoyens romains peut avoir des sujets pérégrins. Les particularités sont sans contredit peu éclaircies et résultent certainement maintes fois d'une réglementation locale. Il est au plus haut degré vraisemblable (Wilcken, *Hermes*, 27, 294 et sv. ; le même, *Griechische Ostraka aus Aegypten und Nubien*, 1, 430) que la constitution municipale a été étendue sous Septime Sévère à l'Égypte et qu'alors non seulement Alexandrie, mais tous les nomes reçurent une βουλή ; les habitants de ces villes ont donc été aussi investis par Caracalla du droit de cité romaine. Mais ces villes doivent avoir été organisées de telle façon qu'il n'y a peut-être que les membres du conseil municipal et leurs descendants qui ont été regardés

hors des villes comme les Gentils africains et les Arméniens soumis (1); en outre, les étrangers qui malgré cette qualité étaient cependant soumis aux lois romaines, en particulier ceux qui vivaient à demeure dans l'empire comme mercenaires (2) ou même les barbares qui servaient (3) seulement dans l'armée romaine. Toutes ces personnes restèrent en principe sou- (125)
mises à leur droit national; mais il est bien possible, étant donnée la tendance alors dominante au nivellement juridique (4), que vis-à-vis d'elles le pouvoir souverain du gouvernement, supérieur aux différents droits personnels, se soit fait sentir, même en droit pénal, plus fortement qu'autrefois.

---

comme citoyens de leur district; car les documents (par exemple *Berliner äg. Urk.*, 1, 145. 322. 356) mettent hors de doute que, même encore à une époque postérieure, les Égyptiens ne possèdent pas en règle le droit de cité romaine.

(1) Théodoret, *loc. cit.*, excepte de cette unité juridique un certain nombre de peuples vivant sur les frontières : les Éthiopiens dans le sud de l'Égypte, les Sarrasins (τὰ πάμπολλα φῦλα τοῦ Ἰσμαήλ), les Lazes, les Sanniens, les Abages (tous les trois dans le Caucase) ne font pas leurs contrats d'après le droit romain. Cette observation peut être généralisée et étendue par exemple au droit matrimonial.

(2) Sur la condition juridique des Goths dans l'Empire romain, cpr. mes explications dans le *Neues Archiv.*, 13, 525 et sv.

(3) Bélisaire fait pendre deux de ses Huns coupables d'un meurtre, quoique ses camarades font valoir qu'ils ne sont pas soumis aux lois romaines et que de tels crimes ne sont pas punis par leur droit de la peine de mort (Procope, *B. Vand.*, 1, 12). Narsès fait exécuter un Hérule de qualité coupable d'avoir tué son esclave, bien que cet Hérule eût le droit de le faire d'après son droit personnel (Agathias, 2, 7).

(4) Justinien (*Ed.*, 3) supprime chez les Arméniens l'exclusion des filles dans les successions comme un usage barbare et qui ne peut être toléré dans l'Empire romain. Les rédacteurs de ses compilations ignorent purement et simplement la catégorie des non citoyens romains; à peine, trouve-t-on çà et là une allusion à des règles juridiques non romaines existant à l'intérieur de l'Empire, comme par exemple la déclaration de Dioclétien (*Cod.*, 6, 24, 7) que l'adoption d'une personne en qualité de frère est également étrangère au droit personnel des pérégrins.

SECTION XI

LA LÉGISLATION PÉNALE ROMAINE

Le droit pénal romain n'ayant jamais formé un tout, il ne peut être question d'en retracer l'histoire. Les grandes divisions que nous rencontrons en lui, à savoir la très vieille distinction des délits privés et des délits publics ; la procédure des *quaestiones* ; la justice répressive, suprême et supérieure aux lois, du Sénat et de l'Empereur ; la désuétude de la procédure par jurés ; la procédure pénale de la dernière époque devant les fonctionnaires seront exposées, autant que cela est nécessaire et possible, dans le Livre suivant, quand nous traiterons des autorités répressives. Nous devons maintenant à la fin de ce Livre d'introduction ajouter quelques remarques sur la législation pénale romaine.

La tradition préhistorique.

Si dans l'État les règles juridiques sont en général plus anciennes que les lois formulées, cela est surtout vrai du droit pénal qui se fonde sur la nature morale de l'homme. La trahison et le vol n'ont peut-être jamais fait chez les Romains l'objet d'une définition expresse ; la loi, avec sa rédaction nettement arrêtée, suppose ces notions connues dans leur essence et se contente d'organiser la procédure à leur occasion et de graduer les peines suivant les caractères du délit. Mais à l'époque postérieure, lorsque la législation ne se construit plus avec la même simplicité ni la même liberté sur les données de la morale, elle est amenée à fournir dans une plus large

mesure des définitions positives ; c'est ainsi, par exemple, que la notion de brigue malhonnête des charges ne peut pas sans une définition de ce genre être appliquée pratiquement en droit pénal. Cependant la science du droit, même pendant la dernière période, n'a jamais méconnu que dans l'administration de la justice la prépondérance appartient non aux termes (127)
de la loi pénale mais à son esprit, et qu'il est permis et nécessaire d'interpréter largement le texte d'après l'intention du législateur et de protéger ainsi toute la pensée de l'auteur de la loi contre les imperfections de la rédaction (1).

Rédaction et consignation par écrit des lois.

Néanmoins la rédaction des lois est d'une manière générale et notamment en droit pénal un progrès important dans le développement historique des peuples ; il en est surtout ainsi, lorsqu'elle est en outre matériellement consignée par écrit. Le magistrat jouit d'un arbitraire beaucoup plus large, lorsque le droit n'est pas ainsi fixé ; un tel travail facilite essentiellement la constatation des excès de compétence, spécialement en droit pénal. Les débuts de cette limitation de pouvoirs remontent à l'époque préhistorique et sont certainement plus anciens que l'obligation de consigner par écrit les résolutions des assemblées populaires (2) ; mais aucune tradition digne de croyance ne nous atteste l'existence de lois de ce genre pour le début de la République ou pour l'époque Royale (p. 63, n. 2).

La loi des XII Tables.

C'est par contre pendant la lutte des patriciens et des plébéiens qu'est apparue la loi des XII Tables, la première et l'unique codification totale du droit de la ville de Rome. Elle embrasse le droit public et le droit privé (3), limite désormais l'*imperium* des consuls et réunit par conséquent en elle-

(1) C'est ainsi que la loi pénale s'applique *ad exemplum Dig.*, 48, 4, 7, 3, ou d'après la *sententia legis*, *Dig.*, 48, 9, 3. Il suffit de rappeler comment fut appliquée la loi Aquilia. Cette considération a également eu son influence dans la répression de la tentative (p. 111).

(2) Cpr. *St. R.*, 3, 314 et sv. [*Dr. publ.* 6, 1, 358 et sv.].

(3) Tite-Live, 3, 34, 6 : *nunc quoque in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo fons omnis publici privatique... juris* et plus loin : *velut corpus omnis Romani juris.*

même, conformément à la plénitude de pouvoirs de ces magistrats à cette époque, les deux domaines de la procédure pénale : celui de la procédure devant les magistrats et les comices et celui de la procédure devant les jurés (p. 3, n. 1). Ce droit municipal, né sous l'influence grecque (1), ne peut faire l'objet d'un exposé historique et juridique qu'à la condition d'être embrassé dans sa totalité ; cette tâche n'incombe donc pas au droit pénal. Quant à la liste des délits qu'il établit et que nous pouvons déterminer dans une certaine mesure, sans cependant en reconstituer les divisions originaires, nous en traiterons dans l'introduction du Livre IV.

(128) Les sources juridiques spéciales de l'époque postérieure.

Les lois comitiales extrêmement nombreuses qui interviennent en matière pénale et qui, à vrai dire, ne nous sont certainement connues que dans leur plus petite partie, et les dispositions de l'édit du préteur qui sont venues les modifier ne peuvent faire ici l'objet d'un exposé général. Toutes ces dispositions sont des réglementations spéciales ; même le nouveau schéma de la procédure devant les *quaestiones* et les lois faites par le dictateur Sylla pour une liste de délits, bien qu'essentiellement corrélatifs, ont cependant été promulgués comme lois spéciales et principalement comme instructions pour les différentes magistratures. Quant à l'intervention du préteur urbain dans le domaine des délits privés, elle est si conforme au reste de son activité créatrice que le droit pénal n'est pas le lieu convenable pour traiter cette question. Mais ce qui peut être dit sur l'extension de la liste des délits par le préteur et sur leur position dans l'édit trouvera également sa place dans l'introduction du Livre IV.

Les *leges Juliae Judiciariae*.

Il faut cependant faire ici une exception pour la double loi édictée bien plutôt par le dictateur César (2) que par

(1) Une preuve plus certaine que celle des traditions connues nous en est fournie par le nom donné aux *poenae* et l'application qui en est faite (p. 13 et sv.).

(2) Dans les comices par centuries : Cicéron, *Phil.*, 1, 8, 19. — Il n'est évidemment pas possible de prouver directement que tout ce qui est groupé ici se rapporte aux deux mêmes lois, mais quiconque examine

Auguste sur l'organisation des procès criminels et civils. Ces deux lois générales et parallèles l'une à l'autre (1) se présentent soit sous le nom de *lex (judiciorum) publicorum* et de *lex (judiciorum) privatorum* (2) ou de *leges judiciariae* (3), quand on les groupe ensemble, soit sous la désignation de *lex Julia* (129) *de vi publica* et de *lex Julia de vi privata*, parce qu'elles contiennent à côté des dispositions générales de procédure une série de prescriptions qui n'ont pas à vrai dire pour objet d'introduire la notion de violence dans le droit pénal, mais qui élargissent essentiellement cette notion et lui donnent le double aspect qu'elle gardera dans la suite (4). Abstraction faite de ces dispositions, on y trouvait des prescriptions sur les vacances judiciaires (5), sur la délégation de la juridiction (6), sur l'extinction de l'accusation (7), sur l'aptitude à

---

avec soin tous les témoignages, même ceux qui sont rapportés dans le Livre IV à propos de la violence, reconnaîtra la vraisemblance de l'opinion qui est ici exprimée. Des doutes sont possibles sur le point de savoir, si ces deux lois sont celles du dictateur César que mentionne Cicéron ou si elles datent d'Auguste ; l'indication sur les Saturnales (p. 149, n. 5) n'est pas une preuve certaine en faveur de cette dernière conjecture et il me paraît plus vraisemblable que ces deux lois sont identiques à celles qu'indique Cicéron.

(1) Le parallélisme de ces deux lois se révèle dans les traits suivants : l'exemption du service de juré est réglée par la *lex publicorum* dans le chap. 26 et par la *lex privatorum* dans le chap. 27 (*Vat. fr.*, 197. 198) ; la suppression de la *legis actio* est rapportée aux *duae leges Juliae* (Gaius, 4, 30) ; les notions de *vis publica* et de *vis privata* ne peuvent s'expliquer que par ce parallélisme ; ces deux lois ont été maintes fois traitées comme si elles n'en formaient qu'une seule (*lex Julia judiciaria* : Gaius, 4, 104 ; *lex Julia de vi privata et publica*, Ulpien, *Coll.*, 9, 2, 1).

(2) *Vat. fr.*, 197. 198 (n. 1). *Dig.*, 48, 19, 32.

(3) Cicéron, *Phil.*, 1, 8, 19 : *omnes judiciariae leges Caesaris*. Gaius, 4, 104 : *lex Julia judiciaria* (n. 1).

(4) Il en sera traité dans le Livre IV à propos de la violence. La preuve que les lois *de vi publica*, et *de vi privata* étaient en même temps *leges judiciariae* nous est fournie par une série de citations de ces lois, qui n'ont rien à faire avec la *vis*, mais qui concernent des règles générales de procédure (*Coll.*, 9, 2 = *Dig.*, 22, 5, 3, 5. *Dig.*, 1, 21, 1. 22, 5, 13. 48, 2, 3. 4).

(5) Dans un passage (*Sat.* 1, 10, 4) Macrobe rattache les trois jours de vacances des Saturnales aux *leges judiciariae*, qui d'après lui seraient d'Auguste, dans un autre (*Sat.*, 1, 10, 23) à un *edictum divi Augusti*.

(6) *Dig.*, 1, 21, 1.

(7) *Dig.*, 48. 2, 3, 4

être juré (1), sur l'exemption du service de juré (2), sur l'interdiction des relations entre le juré et les parties (3), sur la rédaction de l'accusation (4), sur la conduite simultanée de plusieurs accusations (5), sur l'introduction de l'action privée (6) et sur d'autres points qui la concernent (7), sur le nombre des avocats (8), sur la suppression du terme de comparution fixé et sur la remise (9), sur l'exclusion du témoignage et sur le droit de le refuser (10), sur la punition du crime de lèse majesté et d'autres délits (11), sur la prévarication dans le procès criminel (12), sur la prescription de l'action (13). Ces lois générales de procédure criminelle et
(130) civile sont restées en vigueur tant qu'ont subsisté les anciennes formes de procédure et elles n'apparaissent plus au premier plan dans les sources juridiques qui nous sont parvenues, parce que le fondement de cette ancienne législation s'était évanoui avec la disparition des jurés criminels et civils.

Ralentissement de la législation de Tibère jusqu'à Dioclétien.

Sous le Principat, la législation est, en matière de droit pénal, encore moins féconde qu'à l'époque de la domination du Sénat. Il n'y eut même plus, après la législation d'Auguste sur le mariage, de loi d'ensemble sur des délits particuliers. On voit alors apparaître une combinaison vraisemblablement unique dans l'histoire politique, d'après laquelle le droit de légiférer continue en droit public à être considéré comme appartenant aux comices de citoyens, qui ne sont plus convoqués

(1) Exclusion de la décurie des tribuns de l'*aerarium* : Cicéron, *Phil.*, 1, 8, 19. Suétone, *Caes.*, 41. Dion, 43, 25. Age des jurés : *Dig.*, 4, 8, 41.
(2) *Vat. fr.*, 197. 198 (p. 149, n. 1).
(3) *Dig.*, 48, 14, 1, 4.
(4) *Dig.*, 48, 2, 3, *pr.*
(5) *Dig.*, 48, 2, 12, 2.
(6) Suppression des *legis actiones* : Gaius, 4, 30 (p. 149, n. 1).
(7) Désignation des jurés par l'accord des parties : *Dig.*, 5, 1, 2, 1 ; prise de leurs fonctions arbitrales par les jurés : *Dig.*, 4, 8, 9, 2.
(8) Asconius, *In Scaur.*, p. 20.
(9) Aulu-Gelle, 14, 2, 1.
(10) Il en était traité dans les chap. 87. 88 des lois. *Coll.*, 9, 2. *Dig.*, 22, 5, 4. 1. 13.
(11) Cicéron, *Phil.*, 1, 9, 23. Suétone, *Caes.*, 42.
(12) *Dig.*, 47, 15, 3, 1.
(13) Gaius, 4, 104.

quoiqu'ils puissent toujours l'être (1), tandis que les plus hautes autorités de l'État, le Sénat dirigé par la personne qualifiée pour être son président (2) et également le chef de l'État (3) — quoiqu'ici le droit de légiférer ne trouve pas, comme pour le Sénat, son appui dans les lois républicaines — n'ont que le pouvoir d'exempter de la loi dans des cas particuliers et tout au plus de la modifier sur quelques points. En pratique et notamment en droit pénal, les lois sont donc çà et là modifiées par un sénatus-consulte, et plus souvent encore, l'empereur tranche un cas spécial en dehors et à l'encontre des lois existantes et indique directement ou indirectement que cette règle sera dans la suite et d'une manière générale applicable et obligatoire (4). Mais, après le siècle de très vive activité législative qui va de la dictature de Sylla à la mort d'Auguste, vinrent, à la suite du gouvernement du puissant Tibère sous lequel toute initiative fut paralysée, trois siècles (131)
d'un attachement opiniâtre et mécanique à la loi une fois établie et dont les mauvaises conséquences seront relevées notamment dans le Livre V à propos du taux des peines.

Législation de la dernière époque.

Après que toute œuvre législative systématique eût été complètement interrompue pendant toute la durée du Principat, cette constitution singulière qui n'était plus républi-

(1) *St. R.*, 3, 345 [*Dr. publ.*, 6, 1, 395]. La dernière convocation des comices législatifs qui nous soit connue se place à l'époque de Nerva ; ceux-ci n'ont jamais été supprimés.

(2) *St. R.*, 3, 1237 [*Dr. publ.*, 7, 467]. L'opposition théorique qui s'est manifestée contre la compétence législative du Sénat (Gaius, 1, 4) se rapportait sans doute à ce que celui-ci, au lieu d'exempter simplement de la loi pour un cas particulier, la modifiait d'une manière générale. La procédure qui était suivie en pareil cas nous est notamment indiquée par un fait que rapporte Pline, *Ep.*, 6, 5 : les consuls sont invités par un sénateur à proposer que la loi sur les *repetundae* soit, au point de vue de la citation des témoins, modifiée conformément à la loi sur l'*ambitus* (*an placeret ad eam legem adici*).

(3) *St. R.*, 2, 909 et sv. [*Dr. publ.*, 5, 189 et sv.]. En droit strict ce pouvoir de l'empereur est mieux fondé que celui du Sénat, mais il est au plus haut degré une innovation antirépublicaine.

(4) Ces constitutions d'application générale sont celles qui sont le plus souvent mentionnées : *rescripta generalia, et oportet imperialia statuta suam vim obtinere et in omni loco valere* (*Dig.*, 47, 12, 3, 5).

caine et qui n'était pas encore monarchique fut transformée par les réformes de Dioclétien et de Constantin en une pure monarchie. Il y eut désormais une nouvelle législation générale et formelle (1), ainsi que l'attestent en droit pénal les nouvelles catégories de délits, la séduction et l'hérésie, et ainsi que le prouve peut-être aussi d'une manière purement extérieure le fait que la collection de constitutions impériales faite par Théodose II commence avec les constitutions de Constantin de l'année 312. Mais la vie se retirait de ce grand corps affaibli par l'âge qu'était l'Empire et celui-ci était incapable de produire de nouvelles œuvres embrassant l'ensemble du domaine juridique. Les compilations de constitutions impériales et de commentaires juridiques, dont la sanction légale fut la dernière manifestation d'une activité législative générale, se sont évidemment étendues au droit pénal en même temps qu'au reste : nous exposerons dans l'introduction du Livre IV la place que ce droit occupe dans ces collections légales.

(1) Il suffit de rappeler la disposition connue de 426 (*Cod.*, 1, 14, 3) d'après laquelle vaudra comme loi générale d'empire toute constitution impériale qui aura été adressée au peuple comme *edictum* ou envoyée au Sénat.

LIVRE II

LES AUTORITÉS RÉPRESSIVES

SECTION I (135)

LES MAGISTRATS ET LA CONNAISSANCE DU DROIT

La juridiction, attribut de la magistrature.

La juridiction pénale, c'est-à-dire l'œuvre de répression d'un délit public ou privé appartenant au domaine dans lequel la communauté romaine exerce son action juridique, rentre, comme l'administration de la justice en général, dans les droits et les devoirs de la magistrature, et même exclusivement, dans les droits et les devoirs des fonctionnaires investis des pleins pouvoirs de la magistrature, c'est-à-dire de l'*imperium* ou de ce qui lui est assimilé (1). Peu importe que le magistrat prononce d'après sa libre appréciation et qu'ensuite sa sentence soit définitive ou puisse être cassée par le peuple, ou qu'il donne une décision conditionnée par l'arrêt d'un jury, ou qu'il rende son jugement conformément à l'opinion émise par des jurés en vertu des pouvoirs d'appréciation qu'il leur a conférés, toute sentence est un juge-

---

(1) Le pouvoir (*potestas*) des tribuns et des édiles de la plèbe et celui des édiles curules peuvent au point de vue du droit pénal être assimilés à l'*imperium* proprement dit.

ment du magistrat au sens juridique du mot. L'activité déployée dans l'exercice de leurs fonctions par les magistrats qui ne sont pas compétents pour prononcer des jugements
(136) proprement dits ne rentre pas plus dans la juridiction (1) que la transaction extrajudiciaire conclue par les parties avec le concours d'un arbitre, bien qu'en apparence ces deux cas se rapprochent des actes de juridiction. De même, la décision du magistrat n'est un jugement au sens étroit du mot que si elle émane du pouvoir de contrainte du magistrat limité par la loi ; le droit de coercition, qui appartient à celui-ci en dehors de toute limitation par le droit pénal et qui a été traité dans la Section IV du Livre I rentre bien dans le domaine du droit, mais est en dehors du droit pénal proprement dit (2), quoiqu'on se serve en partie pour l'exercice de ce droit des mêmes moyens de contrainte que dans l'exercice du pouvoir pénal. Toutefois comme la coercition, ainsi que nous l'avons exposé dans le Livre précédent (p. 38), a, en subissant des restrictions, donné naissance à la procédure pénale publique, il n'a pas été possible d'exclure de l'exposé qui va suivre cette coercition, ou comme on la désignera à l'avenir, la procédure qui se déroule exclusivement devant le magistrat ; c'est pourquoi la prochaine Section s'occupe d'elle, notamment dans la mesure où la juridiction des magistrats et des comices en est sortie.

---

(1) La juridiction administrative des censeurs et des magistrats qui leur sont égaux (*St. R.*, 1, 169 sv. [*Dr. publ.*, 1, 193 et sv.] s'exerce bien suivant des formes judiciaires, à tel point qu'elle peut même conduire à l'établissement d'un jury ; mais il est difficile de la concevoir comme une juridiction au sens restreint du mot et on peut, du moins en droit pénal, ne pas s'en occuper ; car les créances de la communauté qui ont un fondement délictuel ne sont jamais portées devant le censeur. De même, ceux qui sont préposés à l'administration de l'*aerarium* n'ont rien d'autre à faire en droit pénal que de percevoir les créances délictuelles de la communauté devenues exécutoires, exactement comme les autres créances liquides. C'est un point sur lequel nous reviendrons dans le Livre V à propos des peines patrimoniales.

(2) C'est ce que prouvent aussi les documents. Dès que cesse le domaine de la provocation, les renseignements que nous possédons sur le droit pénal des premiers temps de la République sont presque nuls, précisément parce qu'il n'y a pas de lois pénales en dehors de ce domaine.

La compétence des magistrats romains en matière pénale, ainsi que celle des comices et des jurés qui concourent à côté des magistrats à l'administration de la justice répressive, ne peut être exposée dans le droit pénal qu'en supposant connu le droit public. L'organisation particulière de l'État romain, notamment les institutions issues de l'opposition entre les citoyens de la Rome originaire et les plébéiens qui, de dédítices, étaient devenus citoyens romains, puis à l'époque postérieure celles du Principat ne peuvent pas être exposées ici dans leur ensemble ; on ne peut à cet endroit que rappeler sous forme de récapitulation ce qui présente de l'intérêt pour le droit pénal. Cet exposé est donné dans les dix Sections suivantes du présent Livre.

Aperçu général des formes de la procédure pénale.

(2) La procédure pénale publique relevant exclusivement des magistrats.
(3) La procédure pénale devant les magistrats et les comices.
(4) L'action délictuelle privée.
(5) Le jury sous la présidence d'un magistrat.
(6) La procédure pénale municipale.
(7) La procédure pénale devant le gouverneur de province.
(8) La procédure pénale consulaire-sénatoriale.
(9) La procédure pénale devant le *Princeps* et ses délégués. (137)
(10) Le tribunal de fonctionnaires de Dioclétien.
(11) Autorités répressives permanentes.

Nous y ajoutons dans les Sections 12 et 13 un aperçu du service de sûreté romain et des moyens de contrainte qui permettent d'introduire et de mener à bonne fin le procès pénal.

Si nous traitons dans ce Livre la question des autorités répressives et renvoyons au Livre suivant l'exposé de la procédure pénale publique, cela vient de ce que l'on peut découvrir dans la procédure pénale publique un ensemble de règles persistantes, pour lesquelles la diversité des autorités répressives n'a guère d'importance, de telle façon qu'il paraît possible et utile de donner un exposé d'ensemble de cette procédure, abstraction faite de l'action délictuelle privée. A

vrai dire, en traitant des autorités répressives, nous avons dû maintes fois empiéter sur le domaine de la procédure pénale publique, de même que dans l'exposé de cette dernière nous aurons souvent à renvoyer au présent Livre.

Connaissances juridiques des magistrats.

Comment avec le principe maintenu jusqu'à l'époque de Dioclétien et de Constantin de l'unité de pouvoirs du magistrat et notamment de l'unité de leur fonction embrassant également le commandement militaire et la juridiction (1), les Romains ont-ils pu en fait satisfaire aux exigences d'une bonne administration de la justice pour laquelle il est nécessaire que le magistrat ait la connaissance du droit? C'est là un problème d'ordre général, qui n'appartient pas au droit pénal lui-même, d'autant moins que la science du droit proprement dite n'y a pas autant d'importance que dans les procédures non délictuelles. Malgré cela, nous ne pouvons pas ici négliger complètement cette question.

Si, au début de la communauté romaine, la connaissance du droit national n'a pas pu faire défaut à tout magistrat à la hauteur de sa tâche, puisque les jeunes Romains apprenaient par cœur à l'école la loi des XII Tables (2) comme les jeunes Grecs y apprenaient l'Iliade, une véritable science du droit romain s'est développée dès les derniers siècles de la République, et par suite de l'importance des guerres chez les Romains, le magistrat même habile a de bonne heure été amené à se faire souvent seconder pour l'administration de la justice.
(138) Il ne trouva cette assistance ni chez des magistrats auxiliaires ni dans son personnel subalterne. Les premiers étaient, comme les magistrats eux-mêmes, soumis au principe déjà mentionné de l'unité de fonction (3), et les *officiales* subalternes ont été

(1) Ce que l'empereur Alexandre dit (*Vita*, 46) : *militares habere suas administrationes, habere litteratos, et unumquemque hoc agere debere quod nosset* est tout à fait sensé, mais par contre n'est pas du tout romain.

(2) Cicéron, *De leg.*, 2, 4, 9. c. 23, 59.

(3) Lorsque ces auxiliaires sont créés par les comices, comme par exemple les questeurs provinciaux, on ne tient pas compte en général des connaissances techniques des candidats. Celles-ci ont dû être prises en

jusque dans la dernière période du droit romain tenus à l'écart de l'administration de la justice (1). Cette assistance fut trouvée, sans intervention directe de l'État, d'une double manière : d'une part, par la formation d'une catégorie supérieure de citoyens qui ne visant à aucune carrière privée se destinaient aux affaires publiques et se vouaient, chacun suivant son inclination, à une branche déterminée des intérêts généraux, soit à la guerre, soit à la science du droit, et d'autre part, par l'institution qui, sans être consacrée officiellement par l'État, pénétra et domina toute la vie publique des Romains, c'est-à-dire par le conseil (*consilium*) réuni pour toute affaire grave et formé par voie non officielle. Jamais on

Les conseillers des magistrats.

n'a considéré comme sans importance la connaissance personnelle du droit que le magistrat pouvait avoir (2), mais jamais non plus on ne l'a critiqué d'avoir appelé pour l'administration de la justice des hommes compétents, qui fussent « en conseil » (*in consilio*) avec lui, ou suivant l'expression postérieure, qui lui servissent de « conseillers » (*consiliarii, σύμβουλοι*) (3). L'administration de la justice consistant prin- (139)

considération, lorsque les auxiliaires ont été nommés par les magistrats ; mais les personnes qui sont ainsi désignées n'ont pas la juridiction, si l'on fait abstraction des *praefecti jure dicundo* que le préteur urbain a nommés aux derniers temps de la République dans un certain nombre de districts italiques pour y rendre la justice.

(1) Les comptables magistrats (*scribae*) de l'époque républicaine ont eu une influence importante dans l'administration ; mais ils ne sont jamais mentionnés à propos du service de la justice. Même à l'époque postérieure, le *consiliarius* ou *assessor*, jurisconsulte de profession, que le magistrat choisit à raison de ses connaissances juridiques est rigoureusement distingué des *officiales* subalternes, chargés d'assurer les services de bureau, qui n'ont pas besoin de préparation préalable, avancent à époques fixes suivant les degrés d'une hiérarchie fermement arrêtée et n'ont pas à intervenir dans l'administration de la justice, du moins dans son fonctionnement normal.

(2) *Vita Alex.*, 46 : *eos esse promovendos, qui per se rem publicam gerere possent, non per adsessores.* Ceci fut réalisé plus tard pratiquement au moyen de la préparation des magistrats par l'assessorat.

(3) L'ancienne expression technique pour cet acte est *in consilio esse* ; mais, comme cette consultation n'a pas en droit, et à l'époque primitive n'a même pas en fait, de caractère permanent, c'est seulement à partir du Principat qu'on rencontre le substantif pour désigner celui qui assiste le magistrat de ses conseils (Suétone, *Claud.*, 12 : *ut unus e consiliariis*).

cipalement, et au début presque exclusivement, en ce que le magistrat chargé de la juridiction liquide publiquement et oralement au tribunal les requêtes et questions des parties, ou dans certains cas procède aux interrogatoires, et plus tard, dirige dans les mêmes conditions le jury criminel, la consultation des conseillers a surtout lieu de la manière suivante : le magistrat, qui a la faculté d'appeler d'autres personnes que ses conseillers à prendre place à côté de lui au tribunal (1), invite tout d'abord ces derniers à lui servir d'assesseurs (*adsessores*, πάρεδροι) (2) et la décision qu'il rend au tribunal lui est très souvent fournie auparavant par l'assesseur (3).

Les compagnons des gouverneurs de province.

Cette participation volontaire des particuliers à l'administration de la justice était assurée dans la ville de Rome et nous savons que jusqu'à l'époque des guerres carthaginoises aucun tribunal ne put d'après le droit romain siéger hors de

---

(1) L'invitation à s'asseoir au tribunal n'est en soi rien qu'une politesse, lorsque le magistrat prie des assistants de marque de prendre place à côté de lui, au lieu de se tenir debout devant lui ; le fait d'y prendre place peut être au contraire un honneur fait au magistrat, comme cela a eu souvent lieu de la part des empereurs (Tacite, *Ann.*, 1, 75 : *judiciis adsidebat in cornu tribunalis, ne praetorem curuli depelleret*; Suétone, *Tib.*, 33 ; Dion, 69, 7). Dans ce dernier cas, il n'est pas impossible que cet acte soit inspiré par l'idée de contrôler l'exercice de la fonction. Celui qui siège au tribunal peut parler au magistrat, il peut donc aussi le conseiller. Par conséquent, tout conseiller est nécessairement un assesseur; mais tout assesseur n'est aucunement en même temps un conseiller. Le fait de paraître dans les bureaux du magistrat et de figurer dans sa suite de service, l'*in officio esse*, est apparenté à l'assessorat (Pline, *Ep.*, 1, 5, 11 : *in praetoris officio*; *Vita Hadriani*, 9 : *praetorum et consulum officia frequentavit.*)

(2) Le substantif *adsessor* n'apparaît aussi pour la première fois que sous le Principat (Sénèque, *De tranq. an.*, 3, 4; Suétone, *Galb.*, 14). En grec ordinairement πάρεδρος, Inscription d'un νομικὸς συγκάθεδρος ἀνθυπάτου Ἀφρίκης *C. I. L.* VIII, 1640 = 15877. — Ordinairement, ce mot se rapporte à l'assessorat dans le tribunal du gouverneur de province, mais il convient aussi au délégué qui rend la justice par représentation. C'est ainsi qu'il est dit dans l'inscription de Thorigny (*C. I. L.*, *XIII*, 3162) : *adsedit etiam in provincia Num(idia) Lamb(aes)ense M. Valerio Floro tribuno mil. leg. III Aug. judici arcae ferrar(iarum).*

(3) Sénèque, *De tranq. animi*, 3, 4 : *inter peregrinos et cives aut urbanus praetor adeuntibus adsessoris verba pronuntiat. Vita Alex.*, 46 (p. 157, n. 2). Ammien, 23, 6, 82 : (*Persae*) *nostram consuetudinem rident, quae interdum facundos jurisque publici peritissimos post indoctorum conlocat terga.*

cette ville. Dans les cités italiques, la situation dut être approximativement la même. D'un côté comme de l'autre, on n'organisa pas à cet effet d'institutions spéciales. Mais lorsque les Romains commencèrent à assurer le service de la justice au delà des mers, il fallut tenir compte que le gouverneur dans la province n'aurait pas à sa disposition comme le magistrat de la capitale ces auxiliaires volontaires ; et quoique nous ne sachions rien de précis sur ce point, il est évident que le gouvernement de province a été organisé de telle ma- (140)
nière que le magistrat eût la possibilité d'emmener avec lui, pour l'administration de la justice comme pour le commandement militaire, les auxiliaires nécessaires. Ceux-ci apparaissent ici ordinairement sous le nom de compagnons de voyage, *comites* (1). La destination de chacun d'eux ne ressort pas à cette époque de leur dénomination, quelques-uns ont été, sous la République et sous les premiers empereurs, employés par les gouverneurs de province précisément comme représentants pour la juridiction (2), ce qui n'a plus lieu dans la suite.

Les assesseurs sous le Principat.

C'est de cette organisation que sort à l'époque du Principat l'institution du *consiliarius* ou *adsessor* du magistrat sous l'influence d'une double cause : d'une part, élévation de la connaissance du droit au rang d'étude systématique, et, d'autre part, apparition progressive de la bureaucratie et son épanouissement tout-puissant à l'époque postérieure. Cet assesseur, jurisconsulte de profession, se trouve alors dans la capitale et dans les provinces auprès de toutes les autorités de quelque importance (3) chargées de la juridiction. Même

(1) *St. R.*, 1, 298 et sv. [*Dr. publ.*, 1, 341 et sv.]. Un tableau vivant des éléments qui composent la suite du gouverneur de province nous est donné par Fronton dans sa lettre 8 à l'empereur Antonin le Pieux ; quoiqu'il s'agisse de l'Asie, province pacifiée, il emmène à cause des entreprises de brigandage un homme expérimenté dans l'art de la guerre.

(2) Cpr. là-dessus la Section relative au gouvernement des provinces.

(3) Lactance, *De mort. persec.*, 22 : *judices militares* (ce sont les *duces* ; *cpr.* Ammien, 20, 4, 7 : *neque civilis quisquam judex nec militiae rector*) *humanitatis litterarum rudes sine adsessoribus in provincias immissi*. Plus tard le *dux* a aussi des assesseurs (*Cod.*, 1, 27, 2, 19 et sv.)

depuis qu'à partir de Dioclétien les fonctions civiles sont séparées des fonctions militaires et qu'on peut supposer chez les magistrats chargés de rendre la justice la compétence professionnelle nécessaire, l'institution des assesseurs est conservée sans subir de modifications essentielles. L'assessorat est sous l'Empire monarchique une profession permanente; mais l'assesseur est admis par un magistrat pour un délai déterminé (1) et ce dernier a gardé jusqu'à la fin de l'Empire la liberté de choisir ses conseillers (2). L'assesseur n'est nullement un magistrat. On n'exige pas de lui l'aptitude aux magistratures (3); il n'a pas le droit de signer à la place du magistrat ni d'accomplir des actes de magistrat (4); il n'est jamais mentionné dans la liste officielle des charges, telle que
(141) nous la présentent les inscriptions honorifiques (5). Dans l'organisation primitive cette fonction est gratuite; cependant la rémunération s'est naturellement introduite en fait sous la forme de frais d'entretien et de gratification pour les auxiliaires appartenant à la suite des gouverneurs de province (6). Sous le Principat, les honoraires sont fixés par un contrat intervenu entre le magistrat et l'assesseur (7). Par suite des

(1) Le magistrat régulièrement nommé sans fixation d'une durée précise des fonctions conclut un accord avec l'assesseur pour un temps déterminé et si le premier meurt ou est rappelé avant l'expiration du délai, toute la somme convenue doit cependant être payée, excepté si l'assesseur est dans l'intervalle de ce délai entré chez un autre magistrat (*Dig.*, 1, 22, 4 = 19, 2, 19, 10).

(2) Dioclétien, *Cod.*, 1. 51, 1. Justinien, *Nov.*, 8, 8, *pr.* 15, 5. 2.

(3) *Dig.*, 1, 22, 2: *liberti adsidere possunt.*

(4) *Cod.*, 1, 51, 2. *Nov.*, 60, 2, admet quelques exceptions pour les assesseurs des magistrats supérieurs.

(5) La mention de l'assessorat dans les inscriptions de deux provinciaux: dans celle de Thorigny (p. 158, n. 2) et dans une inscription de Capoue (*C. I. L.* XI, 3943: *adsedit magistratibus populi Romani ita ut in aliis et in provincia Asia custodiar*[*um causa itemque*] *in urna judicum*; cpr. ci-dessous à propos du gouvernement de province) ne constitue aucune exception; il n'en est pas de même de l'inscription grecque d'Afrique (p. 158, n. 2).

(6) *St. R.*, 1, 299 [*Dr. publ.*, 1, 342].

(7) Ils sont réclamés en justice comme les honoraires des maîtres (*Dig.*, 50, 13, 1, 8. 1. 4). Augustin., *Confess.*, 6, 10, 16: (*Alypius*) *ter jam adsederat ...Romae adsidebat comiti largitionum Italicianarum.* 8, 6, 13: *mecum erat Alypius otiosus ab opere juris peritorum post adsessionem tertiam, expectans, quibus iterum consilia venderet.*

inconvénients inhérents à ce régime, on a au troisième siècle assigné à chaque magistrat un nombre déterminé de soldes d'assesseurs — d'après le droit de Justinien, en général une pour chaque gouvernement de province (1). De même, on n'a pas négligé d'introduire des dispositions restrictives pour le choix des assesseurs ; en particulier il est interdit aux gouverneurs de prendre comme assesseurs des provinciaux de leur ressort (2). Ces positions non officielles constituent très souvent en fait le premier échelon pour parvenir aux charges élevées de l'État; cette expectative de fait a plus que les émoluments immédiats de l'assessorat poussé la jeunesse des classes supérieures à embrasser cette profession après la fin de ses études juridiques (3).

---

(1) *Vita Nigri*, 7, à ce qu'il semble, comme conseil donné à Septime Sévère. *Vita Alexandri*, 46 : *adsessoribus salaria instituit. Dig.*, 1, 22, 6. *Cod.*, 1, 52, 1 et ailleurs. Hermogénien, *Dig.*, 27, 1, 41, 2 parle du *statutus numerus* des *comites*. Le chiffre des salaires alloué pour paiement des assesseurs était naturellement fixé par une loi, une fixation légale du nombre des assesseurs n'est nulle part indiquée et ne convient pas à l'institution. Dans les règlements de Justinien pour les petites provinces de cette époque on voit apparaître à côté du traitement du gouverneur celui-ci de l'assesseur. Il n'y a le plus souvent qu'un seul assesseur, sauf pour le gouvernement d'Égypte qui en possède plusieurs (*Edict.*, 13, 4). Auparavant le nombre des assesseurs était sans doute plus grand.

(2) *Dig.*, 1, 22, 3. 4, 6, 38. Le gaulois T. Sennius Sollemnis de l'inscription de Thorigny (p. 158, n. 2) est employé comme *adsessor* aussi bien par les gouverneurs de province de Bretagne que par un juge délégué en Numidie.

(3) *Vita Nigri*, 7.

(142)

SECTION II

LA PROCÉDURE PÉNALE PUBLIQUE RELEVANT EXCLUSIVEMENT DES MAGISTRATS

La procédure pénale publique ouverte en cas de lésion de la communauté se confond, lorsque le peuple n'y coopère pas, avec le droit de coercition du magistrat traité dans le Livre I. Si nous revenons cependant ici sur l'application de ce système, c'est parce qu'en fait la procédure criminelle de la République se déroule en grande partie dans cette forme et parce que la procédure pénale dans laquelle magistrats et comices coopèrent ne peut être traitée que par opposition à ce régime.

La procédure pénale devant le magistrat, mais non comitiale, à l'intérieur de la ville.

La procédure pénale publique repose sur l'*imperium* (1) : dans la ville de Rome sur l'*imperium* limité par la loi, hors de Rome (2) sur l'*imperium* pleinement libre. Dans la ville ce pouvoir appartient aux consuls s'ils sont présents ; s'il n'y en a pas ou s'ils sont absents, à l'*interrex* qui les remplace (3) ; au préfet de la ville du vieux droit (4) ; au préteur qui re-

(1) Le point de savoir dans quelle mesure les autres magistrats, désignés p. 42 et sv. comme ayant le droit de coercition, peuvent exercer cette justice criminelle relevant exclusivement des magistrats est traité dans la Section suivante à propos de la procédure des magistrats et comices.

(2) Sur la délimitation cpr. *St. R.*, 1, 67 et sv. [*Dr. publ.*, 1, 76 et sv.].

(3) *St. R.*, 1. 647 [*Dr. publ.*, 2, 323]. L'*interrex* peut aussi entreprendre une procédure pénale (*Lex. col. Gen.*, c. 130.)

(4) *St. R.*, 1, 661 et sv. [*Dr. publ.*, 2, 340 et sv.].

présente les consuls (1). Cet *imperium* est, au regard du citoyen romain, restreint conformément aux règles développées dans le Livre Ier (p. 41 et sv.) par les limites du pouvoir de coercition. Par contre, même dans l'enceinte de la ville et en cas de délit public, l'*imperium* est illimité et embrasse par suite la plénitude de la juridiction contre les catégories suivantes de personnes :

1. Les citoyens qui à cause de délits militaires ne sont pas (143)
admis à exercer le droit de provocation (2).

2. Les femmes (3), lorsqu'il ne s'agit pas de jugements édiliciens pour lesquels elles sont admises à la provocation ; nous traiterons ce point dans le Livre III à propos des voies de recours.

3. Les étrangers (4), à l'exception des Latins admis par un

---

(1) *St. R.*, 2, 232 [*Dr. publ.*, 3, 267].

(2) P. 47. Nous avons fait remarquer p. 48, n. 1 que les citoyens sans droit de vote ne sont pas privés du droit de provocation.

(3) Tite-Live, *Ep.*, 48 (= Val. Max., 6, 3, 8, qui désigne la procédure comme *publica quaestio*) pour l'année 602/152 : *de veneficiis quaesitum. Publilia et Licinia nobiles feminae, quae viros suos consulares necasse insimulabantur, cognita causa, cum praetori* (sans doute le préteur urbain à titre de représentant, étant donné qu'un consul de cette année commandait en Espagne et que l'autre mourait pendant la durée de sa charge) *praedes vades dedissent, cognatorum decreto necatae sunt* ; la condamnation à mort a peut-être été non seulement exécutée mais même prononcée par les parents (p. 20, n. 1) ; mais le procès a du moins commencé comme procès public. Les Annales mentionnent pour les années 423/331 (Tite-Live, 8, 18, et d'après lui les témoignages de Val. Max., 2, 5, 3 et d'Orose, 3, 10, 2), 570/184 (Tite-Live, 39, 41, 5) et 574/180 (Tite-Live, 40, 37. 43) des procès du même genre intentés contre des groupes de femmes pour meurtre par empoisonnement. Le mot de Caton l'Ancien que toute femme adultère est aussi une empoisonneuse (Quintilien, 5, 11, 39 ; *Rhet. ad Her.*, 4, 16, 23 ; Sénèque, *Controv.*, 7, 3, 6) vise surtout ces procès. — Le récit de Val. Max., 5, 4, 7 (cpr. Festus, p. 209 *v. pietati*) : *sanguinis ingenui mulierem praetor apud tribunal suum capitali crimine damnatam triumviro in carcerem necandam tradidit* est à vrai dire une invention tardive et mauvaise comme nous le montrerons dans le Livre suivant à propos de la grâce ; mais cet exemple pourrait appartenir également à la question traitée ici, si l'on devait considérer de nouveau le préteur comme représentant du consul.

(4) C'est ce que montre le procès de meurtre contre Bomilcar, compagnon du roi Jugurtha, qui se déroula à Rome en 644/110 (Salluste, *Jug.*, 35. 61. Appien, *Num.*, 1). La procédure est consulaire ; le dénonciateur se résout à la dénonciation *multis hortantibus et in primis Albino consule*.

privilège extraordinaire à exercer la *provocatio* aux comices romains (p. 128, n. 2).

4. Les esclaves.

Quant à la question bien légitime de savoir comment le magistrat conduit le procès pénal jusqu'à son terme contre les personnes de ces catégories, tandis qu'il n'a pas les mêmes pouvoirs vis-à-vis des citoyens coupables des mêmes actes délictuels, nous y répondrons dans la prochaine Section. — Cette justice urbaine rentre dans l'administration ordinaire de la justice ; le magistrat qui l'applique est le juge pénal régulièrement compétent pour les personnes appartenant à ces catégories.

Le détenteur de l'*imperium* n'a dans la ville une puissance pénale illimitée contre le citoyen romain qu'à titre exception-
(144) nel ; elle appartient aux magistrats qui ne sont pas soumis à la *provocatio* (p. 46). Dans nos sources où la royauté n'est qu'une abstraction de droit public (1), le type de cette plénitude de pouvoir se présente dans la description de la justice criminelle rendue par le premier consul avant l'introduction de la provocation obligatoire (2) ; ce pouvoir complet se retrouve sous sa forme la plus originaire dans la dictature du plus ancien modèle (3), qui est incontestablement un des éléments

---

(1) Pomponius, *Dig.*, 1, 2, 2, 14 : *initio civitatis hujus constat reges omnem potestatem habuisse*. Ce pouvoir est le même que celui du consul sans la collégialité, l'annuité et la provocation obligatoire. Les récits de ce genre reportés à l'époque royale (Denys, 2, 29, 51. 53. 56. 3, 73. 4, 5. 42. 62 = Val. Max., 1, 1, 13) sont bien en harmonie avec cette conception, mais sont modernes et sans relief.

(2) Telle est l'instance pénale ouverte devant le consul contre les membres de la conjuration formée pour le rétablissement de la royauté, procès dont nous avons une description paradigmatique dans Tite-Live, 2. 4. 5 et Denys d'Halicarnasse, 5, 7. 8, chez lequel apparaît nettement que les grecs ont peine à comprendre cette instance. Plutarque, *Popl.*, 6. 7 le dénature encore plus en parlant de correction domestique et de provocation.

(3) *St. R.*, 2, 157 [*Dr. publ.*, 3, 180]. Le procès dictatorial contre le maître de cavalerie Q. Fabius (Tite-Live, 8, 32-35) nous en donne, malgré les ornements de rhétorique, une idée passable. S'en rapprochent aussi les procès contre Sp. Maelius (Tite-Live, 4, 13-16) et M. Manlius (Tite-Live, 6, 15. 16).

organiques de la constitution républicaine primitive (1); il apparaît enfin sous un aspect en principe similaire, autant que cela est possible pour des tribunaux d'exception, dans les magistratures extraordinaires souveraines, c'est-à-dire dans le décemvirat, dans les dictatures de Sylla et de César, dans le triumvirat (2) qui succéda à César, en quelque sorte aussi dans le Principat, ainsi que nous l'exposerons plus loin.

La procédure pénale devant le magistrat hors de la ville.

Hors de l'enceinte de Rome, l'*imperium* embrasse de plein droit et sans aucune restriction la procédure pénale, soit comme droit de la guerre proprement dit contre les personnes qui font partie de l'armée romaine (p. 29 et sv.), soit contre tout autre citoyen ou non citoyen. Cet *imperium* se sépare à plusieurs points de vue de l'*imperium* urbain :

1. Il n'est pas, comme dans la ville, soumis à la loi de l'annuité. Tandis que dans la ville le magistrat seul peut appliquer la procédure pénale; en dehors de la ville, le promagistrat a également cette compétence, lorsqu'il est en fonction conformément aux règles de la constitution (3).

2. Il n'est pas soumis, comme dans la ville, à des restrictions relatives au droit de délégation. Tandis que la loi fixe (145)
pour la procédure pénale les auxiliaires du consul présent et indique notamment à cet égard les deux questeurs (4), le gou-

---

(1) *St. R.*. 2, 143 [*Dr. publ.*, 3, 163].

(2) Les discours de Cicéron pour Ligarius et Dejotarus nous donnent une idée des procès dictatoriaux sous César. Même les proscriptions de Sylla et des triumvirs se rattachent dans leur cruelle absence de forme à l'idée d'une magistrature supérieure aux lois. Ce sont les *judices, qui nulla certe pronuntiandi forma tenentur,* de Quintilien (5, 13, 5) : cet écrivain vise par là le dictateur César et les triumvirs et renvoie au discours de Cicéron pour Ligarius.

(3) Cela ne s'applique pas seulement au préteur qui administre la province après l'expiration de son année de charge, mais à tout promagistrat. Cicéron, *Verr.*, l. 2, 46, 113 : (*Sthenius*) *apud Cn. Pompeium* (en l'année 672/82 dans son commandement militaire extraordinaire en Sicile), *cum accusatus esset, quod propter C. Marii familiaritatem et hospitium contra rem publicam sensisse eum inimici et accusatores ejus dicerent .. a Cn. Pompeio absolutus est.*

(4) La libre délégation des procès criminels apparaît comme un attribut de la puissance royale originaire (Denys, 2, 14) qui aurait été supprimé

verneur de province peut à son gré donner ou ne pas donner des mandats de ce genre à son questeur ou à son légat. Tandis que la loi désigne le représentant qui remplacera le consul en cas d'absence ; le préteur provincial choisit lui-même, quand il quitte la province, son représentant et lui transfère aussi la puissance répressive (1).

3. Il ne subit pas non plus, comme dans la ville, de limitation de pouvoir quant aux moyens de répression qu'il peut appliquer aux citoyens, sauf cette restriction que dans la dernière période de la République le détenteur de l'*imperium* n'a pas le droit de coercition capitale sur les citoyens (p. 34).

Caractère extraordinaire de la procédure pénale extra-urbaine.

Mais l'exercice en matière pénale de l'*imperium* extraurbain a toujours, abstraction faite du droit de la guerre au sens restreint du mot, un caractère extraordinaire. L'empire romain est une confédération de villes plus ou moins autonomes et l'administration de la justice en dehors du territoire de Rome appartient ordinairement en Italie et dans les provinces aux autorités municipales ; l'intervention des détenteurs romains d'*imperium*, qui en général n'ont pas de situation fixe en Italie et qui ne sont tout d'abord envoyés dans les provinces que comme juges civils pour les procès romains, fut originairement provoquée, comme nous l'avons vu dans la Section IX du Livre I, par les guerres ou encore par la nécessité. Pour compléter l'exposé de principes que nous donnons à cet endroit, nous relevons ici les principales applications de cet *imperium* en droit pénal, surtout dans la mesure où elles appartiennent à la vieille époque républicaine ; quant à l'application de l'*imperium* provincial, juridiquement similaire à la précédente, nous y reviendrons à propos de la procédure devant les gouverneurs de province.

(146) 1. On peut désigner comme procès de perduellion proprement

---

par la constitution républicaine de Servius et qui par conséquent aurait été repris par le dernier roi tyran (Denys, 4, 42) et par les décemvirs injustes (Denys, 10, 60).

(1) *St. R.*, 1, 677 sv. [*Dr. publ.*, 2, 368 et sv.].

dite : l'intervention contre des alliés révoltés ou infidèles (1), les mesures contre des esclaves séditieux ou peu sûrs (2) ; la répression de l'offense faite à un magistrat romain ou à sa suite (3). Quant au fond et quant à la forme, ces actes sont complètement traités comme des procédures pénales (4).

En cas de perduellion.

2. Lorsque des séries de délits se produisent de telle façon qu'ils menacent la sécurité publique à un tel point que la justice locale est insuffisante, le gouvernement romain prend en mains, par suite de cet état de nécessité et en vertu de son droit de souveraineté, l'administration de la justice répressive (5). Il le fait notamment, mais non pas exclusivement, quand ces délits se ramifient vers Rome. Par suite de l'organisation territoriale de la procédure pénale ordinaire et des limites souvent très étroites des circonscriptions, cette intervention devait être fréquemment nécessaire en Italie et aussi dans les provinces, et maintes fois, soit en vertu d'un ordre

En cas de danger pour la sécurité publique.

(1) Polybe, 6, 13 : ὅσα τῶν ἀδικημάτων τῶν κατ' Ἰταλίαν προσδεῖται δημοσίας ἐπισκέψεως, λέγω δ' οἷον προδοσίας (=*perduellio*), συνωμοσίας, φαρμακείας, δολοφονίας τῇ συγκλήτῳ (c'est-à-dire strictement le magistrat qui préside) μέλει περὶ τούτων. Cicéron, *Verr.*, l. 3, 28, 68 : *tamquam conjuratio aliqua Agyrii contra rem publicam facta aut legatus praetoris pulsatus esset.* l. 1, 27, 70 : *non potest dicere : cum seditionem sedare vellem.* Même dans l'administration de Verrès comme gouverneur de Sicile, où, malgré les abus graves qui furent commis, on voit apparaître clairement le mécanisme de la justice pénale républicaine hors de Rome, on trouve des actes qui rentrent dans la perduellion comme l'exécution capitale des prétendus partisans de Sertorius (Cicéron, *Verr.*, 5, 58 et ailleurs), celle des citoyens romains affiliés à des pirates (Cicéron, *Verr.*, 5, 22, 57-63, spécialement c. 62, 161) et celle des capitaines de navire siciliens (Cicéron, *loc. cit.*, 5, 31 et sv., notamment c. 41, 106 : *quod classem praedonibus prodidissent* et c. 50, 133 : *non in supplicio crimen meum vertitur*).

(2) Cicéron, *Verr.*, l. 5, 3-8, où il faut remarquer la rigoureuse observation de la règle que l'esclave n'a le droit de porter aucune arme (c. 3, 7). Diodore 36, 11 dit de l'état de la Sicile pendant la guerre des esclaves : ἀναρχίας οὔσης διὰ τὸ μηδεμίαν Ῥωμαικὴν ἀρχὴν δικαιοδοτεῖν.

(3) Cicéron, *Verr.*, 3, 28, 68 (n. 1). Condamnations à mort contre des provinciaux coupables d'avoir tué un licteur romain, Cicéron, *Verr.*, l. 1, 28, 72. c. 31, 79.

(4) Cicéron, *Verr.*, l. 2, 28, 68 : *rerum capitalium quaestiones.* Sénatusconsultes à cause d'envoi de dictateurs ou de consuls dans des districts italiques *ad quaestiones habendas.* Tite-Live, 10, 1. 28, 10, 4 (où on a ajouté par méprise *magistratu abdicato*). 29, 36, 11.

(5) Polybe, 6, 13 (n. 1).

du Sénat, ce qui eut lieu notamment pour l'Italie, soit par l'initiative propre du détenteur de l'*imperium* romain le plus
(147) immédiatement intéressé, on eut recours à cette procédure d'exception (1), d'où sortit à l'époque impériale la justice répressive du gouverneur de province.

En cas d'abus de l'autonomie.

3. En cas d'abus de l'autonomie, notamment en cas de gestion non justifiée de la caisse et du patrimoine de la communauté, le gouvernement romain paraît être intervenu par voie répressive ; toutefois cela ne peut être prouvé avec certitude pour l'époque républicaine (2).

La *quaestio*.

Le terme employé pour désigner la procédure pénale relevant exclusivement du magistrat est, à côté de l'expression générale *judicium* usitée de préférence pour la juridiction proprement dite, mais employée aussi sans hésitation pour la coercition, le mot *quaestio* « question » (3). C'est, d'après le

---

(1) Des mandats spéciaux de ce genre ont été donnés à des préteurs notamment dans les complots de *venefici* à Rome et en Italie (Tite-Live, 39, 38, 3. c. 41, 5. 40, 37. 43), où du reste la rédaction du texte (notamment 40, 37, 4 *per fora conciliabulaque*) montre que le mandat se rapportait moins aux territoires des alliés qu'au territoire romain lui-même. L'enquête ordonnée en 616/138 pour délits commis en bande dans la forêt brutienne de Sila nous donne une idée nette de cette intervention (Cicéron, *Brut.*, 22). Quant au procès des Bacchanales, il en sera question dans la prochaine Section.

(2) Que Verrès ait soumis Sthenius de Thermes à uue procédure pénale (pour la forme cpr. p. 172, n. 3) pour falsification des livres de la communauté et l'ait fait condamner à payer une amende de 500.000 sesterces à la Vénus (romaine) Erycine (Cicéron, *Verr.*, 2, 37-38), quoique évidemment le droit municipal de l'endroit instituât une procédure pénale pour de tels cas, c'est là un fait qui, quelque injuste qu'il soit au point de vue de l'application de la procédure, s'est difficilement produit sans précédents justifiés.

(3) A la base de tous les emplois du mot *quaestio*, si fréquemment usité, on trouve la notion de « question », ce qui au point de vue philologique se manifeste de la manière la plus nette dans la forme *quaeso*. Dans le langage usuel du droit pénal, le mot *quaerere* (avec le terme *inquirere* plus énergique, mais inusité dans la langue technique et l'expression *anquirere* qui sera expliquée dans la Section suivante) désigne la question du juge répressif à l'accusé. Le dictateur ouvre la procédure contre le maître de cavalerie Q. Fabius (Tite-Live, 8, 32) par les mots : *Quaero de te, Q. Fabi* et termine ainsi : *ad haec, quae interrogatus es, responde et extra ea cave vocem mittas* (de même Tite-Live, 6, 15, 4). Cicéron, *De re publ.*, 3, 18, 28 dit de même par rapport à la coercition du consul : *consul quaesivi*. Ordinairement le sens de *quaerere* est précisé par des prépositions, mais il se

tableau vivant et d'une exactitude historique parfaite que nous donnent les procès des Bacchanales de 568/186 dont il sera parlé dans la Section suivante, une procédure inquisitoriale, c'est-à-dire, au sens juridique du mot, une procédure sans parties (1). A vrai dire, dans les documents le dénonciateur joue souvent le rôle de demandeur (2) ; et étant donnée (148)
l'absence de formes juridiques de cette procédure, rien n'a empêché le magistrat d'autoriser cette attitude de la part

---

rencontre parfois aussi avec l'objet à l'accusatif simple (*rem quaerere* dans la loi sur les *repetundae* alternant avec *de re quaerere* : *crimen quaerere* Tite-Live, 9, 34, 14 ; *conjurationem quaerere*, Tite-Live, 32, 26, 10 ; *res capitales quaerere*, Festus, p. 221 et Tite-Live, 45, 16, 4 ; *quaestio caedis*, Tite-Live, 4, 51, 2). *Quaerere* ne peut pas être lié à l'accusatif de personne, parce que cette notion ne comprend pas comme celle de *rogo* l'interpellation de la personne, mais l'acte de recherche. C'est ainsi également que *quaestus* ne désigne pas simplement le gain, mais la recherche du gain, la spéculation. — *Quaestor* (cpr. la Section III du présent Livre) et *quaesitor* (cpr. la Sect. V.) sont étymologiquement identiques, mais différents au point de vue de la terminologie : *quaestor* est le titre officiel pour l'auxiliaire du consul dans la procédure d'enquête et le titre lui est resté après le changement de sa compétence ; *quaesitor* est le nom de l'enquêteur dans la procédure pénale. — On rencontre le mot *quaestio* comme expression technique pour désigner la procédure relevant des magistrats (et en même temps des comices) dans la loi sur les *repetundae*, l. 11 (complété par la l. 13) : *quei quaestione joudiciove* (ainsi sur la table) *puplico condemnatus siet quod circa eum in senatum legei non liceat*. Il est fait allusion ici soit aux délits infamants, comme le sacrilège et le péculat, réprimés par la procédure des magistrats et des comices, soit à des instances rigoureuses devant des jurés dans la mesure où elles entraînent l'infamie. — Nous dirons plus loin le nécessaire sur l'acception que ce mot reçut dans la suite conformément aux transformations de la procédure pénale romaine.

(1) La procédure s'appelle par conséquent *cognitio* (Cicéron, *Brutus*, 22, 87) et l'accusé peut dire au magistrat qu'il est tout à la fois accusateur et juge (Tite-Live, 8, 32, 9 dit de la procédure militaire devant les dictateurs : *eundem accusatorem capitis sui ac judicem esse*). Mais surtout la nécessité d'une action n'est nulle part exprimée dans nos sources juridiques pour cette procédure ; car la défense de l'action entre le patron et le client se rapporte au procès du droit privé (Denys, 2, 10) et de même la δίκη ἰδία, ἣν ὁ νόμος δίδωσί μοι (Denys, 10, 7) est l'action d'injures.

(2) C'est ainsi que Denys d'Halicarnasse fait paraître des accusateurs devant le dernier roi (4, 42) et devant les décemvirs iniques (10, 60) et Tite-Live, 9, 26, 10 (cpr. 3, 24) dans une instance devant des dictateurs parle de *postulare* à côté du *nominari apud dictatorem* et du *nomen recipere*, qui sont ici admissibles, et à côté de cet exposé correct 39, 17, 1. (*consules*) *indici praemium proposuerunt, si quis quem ad se deduxisset nomenve absentis detulisset.*

du dénonciateur ou de donner à la procédure cette forme. Sous l'influence de la procédure romaine d'accusation qui apparut plus tard, il en fut maintes fois ainsi au cours du dernier siècle de la République dans les affaires ressortissant des gouverneurs de provinces (1). Mais il n'y a aucune preuve que les particularités légales de la procédure d'accusation aient été jamais appliquées dans cette procédure.

En aucun endroit, la procédure pénale relevant exclusivement des magistrats n'a été soumise à une réglementation formelle; seule la tradition commune sert ici de règle, du moins quant au fond.

Siège du tribunal.

Les mœurs exigent la publicité des débats dans la mesure où elle est conciliable avec le système inquisitorial, donc notamment celle de la fin de la procédure (2); mais il n'y avait
(149) aucun manquement à une loi, lorsque le dictateur César prononçait chez lui, les portes fermées, une sentence de dépossession contre le roi Dejotarus (3). Le tribunal peut aussi siéger hors de la ville de Rome; César rendit la justice de cette manière à Alexandrie (p. 123, n. 2).

Procédure contre l'absent.

La procédure contre l'absent, au sens que cette expression recevra dans la dernière Section de ce Livre, est indiquée expressément comme possible pour les procédures criminelles devant le gouverneur de province par opposition au reste du droit (4). Mais elle a certainement toujours été traitée comme un moyen subsidiaire et le magistrat était obligé, lorsque l'état des choses le permettait, de donner à l'accusé la possibilité d'être entendu.

---

(1) Cicéron, *Verr.*, l. 1. 29. 74. 2, 28, 68. 5. 41, 108.

(2) L'accomplissement de la procédure sur le *forum* est mentionné entre autres à propos des instances consulaires pour tentative de restauration de la royauté (Tite-Live, 2, 5) et de meurtre d'un époux (Tite-Live, 8, 18). De même Verrès tient son tribunal *in foro palam Syracusis* (Cicéron, *Verr.*, l. 2, 33, 81). D'après les reproches qui leur sont adressés les décemvirs injustes *judicia domi conflabant, pronuntiabant in foro* (Tite-Live, 3, 36, 7).

(3) Cicéron, *Pro Dejot.*, 2, 5-7. Par contre l'instance relative à Ligarius eut lieu sur le *forum* (Cicéron, *Pro Lig.*, 5, 14. 12, 37).

(4) Cicéron, *Verr.*, l. 2, 41, 101. 42, 102.

Jours de comparution.

Le magistrat ne pouvait pas commencer la procédure formelle autrement qu'en fixant pour la comparution un jour qu'il faisait connaître à l'accusé ; c'est ce que prouve, comme nous l'exposerons dans la prochaine Section, l'emploi du mot technique *diei dictio* ; l'opposition existante entre cette procédure et celle dans laquelle magistrats et comices coopèrent, nous apprend que la procédure pénale relevant exclusivement du magistrat pouvait avoir lieu à tout moment dès que l'intéressé se trouvait devant celui-ci. La multiplicité des débats, c'est-à-dire la remise de l'affaire, a eu souvent lieu dans cette procédure (1), mais elle n'a jamais été prescrite ni limitée par un maximum.

Défense.

Un point important à noter, mais dont la preuve ne sera faite avec une complète évidence que dans les Sections postérieures, est que la défense, qu'on doit également toujours permettre ici, sauf au cas de nécessité, est considérée essentiellement comme une défense personnelle. Sans doute on peut admettre également ici des assistants et des représentants ; mais ils sont régulièrement exclus dans la procédure urbaine relevant exclusivement du magistrat, comme ils le sont dans l'application de la discipline domestique et du droit de la guerre.

Assistance de conseillers.

La coutume exige qu'on appelle des assesseurs à titre de conseillers (2) et cette habitude trouve même son expression formelle dans la rédaction du jugement (p. 172, n. 2) ; ceux-ci (150)

(1) Cicéron, *Brut.*, 22. *Verr.*, 1. 1, 29. 30. 1. 2, 29.

(2) Le *consilium* (*St. R.*, 1, 307 sv. [*Dr. publ.*, 1, 351 et sv.]), c'est-à-dire le conseil réclamé par la coutume dans tous les cas où une décision importante dépend de l'appréciation d'un seul, est un correctif efficace du principe monarchique qui domine toute l'organisation juridique romaine. Il se rencontre dans la procédure relevant exclusivement du magistrat comme dans l'exercice de la discipline domestique (p. 27) et du droit de guerre (p. 36), ainsi par exemple dans la procédure dirigée contre les bandits du Bruttium (p. 168, n. 1) et dans celle dirigée contre les partisans de Ti. Gracchus (Cicéron, *De amic.*, 10, 36 ; Val. Max., 4, 7, 11). — Romulus est blâmé δίκην (un procès capital) μόνος δικάσας (Denys, 2, 56) et le même blâme est adressé à Tarquin le Superbe (*cognitiones capitalium rerum sine consiliis per se solus exercebat* : Tite-Live, 1, 49, 4. Dion, fr., 11, 6).

ont même été admis de bonne heure à voter (1). Mais le nombre et le choix des conseillers sont laissés à l'appréciation du magistrat (2); ce dernier n'est pas lié par l'avis de la majorité (3).

Enfin la forme du jugement, la mesure et l'exécution de la peine dépendent uniquement de l'appréciation du magistrat (4).

La procédure pénale relevant exclusivement du magistrat, telle que nous la trouvons sous la République, n'a pas survécu dans sa forme originaire à ce régime; cependant dans les instances devant les gouverneurs de province et plus encore dans les tribunaux suprêmes et souverains de l'époque impériale, la justice est en principe rendue de la même manière ; il est même à remarquer que la procédure de *cognitio* du Principat, dont il sera traité dans la première Section du Livre suivant, n'est en substance que la vieille procédure d'inquisition relevant du magistrat seul.

---

(1) Dans les Verrines on vote régulièrement suivant l'ordre des préséances (Cicéron, *Verr.*, l. 1, 29, 73. c. 30, 75. 2, 29, 71). La même chose se produit dans le tribunal domestique qui juge le fils du roi Hérode (p. 27, n. 3).

(2) La composition du conseil, pour laquelle il n'est question que de citoyens romains, est tout d'abord déterminée par les circonstances de lieux. Dans les provinces font principalement fonction d'assesseurs, d'une part les citoyens romains domiciliés au siège du tribunal, d'autre part les Romains appartenant à la suite du magistrat (*St. R.*, 1, 317 [*Dr. Publ.*, 1, 363]) et en outre les hôtes présents (Cicéron, *Verr.*, l. 1, 29, 73). Comme le nombre et le choix des conseillers dépendaient toujours du magistrat, celui-ci n'était pas amené à contrevenir à la coutume en négligeant d'appeler des conseillers (cpr. Cicéron, *Verr.*, 5, 44, 114).

(3) C'est ce que confirme la formule *cum consilio conlocutus*, tandis que l'autre formule *de consilii sententia* se rapporte au *consilium* dont l'avis lie le magistrat, *consilium* qui n'appartient pas à la procédure dont nous nous occupons ici (*St. R.*, 1, 319, n. 4 [*Dr. publ.*, 1, 365, n. 4]).

(4) L'amende pécuniaire pouvait être établie non seulement par simple *multae dictio* mais aussi par le moyen suivant : le préteur obligeait la personne en question à contracter une *sponsio* conditionnelle pour une somme correspondant au montant de l'amende. C'est ce qui eut lieu dans le cas exposé par Cicéron, *Verr.*, 5, 54, 141 en faveur de Vénus Erycine, vraisemblablement aussi dans la procédure contre Sthenius mentionnée p. 168, n. 2.

SECTION III

LA PROCÉDURE PÉNALE DES MAGISTRATS ET DES COMICES

D'après les explications données dans la Section précédente, la procédure pénale des magistrats et des comices de la République romaine a lieu, lorsqu'un citoyen romain est inculpé sur le fondement d'une loi pénale positive et lorsque le jugement du magistrat, tant en cas de peine de mort qu'en cas de peine pécuniaire dépassant un maximum peu élevé, ne peut être exécuté qu'après avoir été confirmé par l'assemblée du peuple (1). De cette manière la coercition s'élève au rang de juridiction et alors s'appliquent toutes les idées fondamentales du droit pénal proprement dit, c'est-à-dire la loi pénale, sans laquelle cette procédure ne peut avoir lieu, avec sa réglementation légale du délit, du taux des peines et de la procédure. Loi pénale.

La procédure pénale des magistrats et des comices se présente sous trois formes essentiellement différentes. La procé- Compétence criminelle des magistrats.

(1) La coutume est naturellement assimilée ici au droit écrit ; l'*anquisitio*, c'est-à-dire le procès pénal ordinaire, peut avoir lieu *seu legibus seu moribus* (Tite-Live, 26, 3, 8). Lorsque la loi — et ici on ne doit certes pas perdre de vue la notion large et extensible de crime d'état — ne prescrit pas une punition, le magistrat romain est autorisé à procéder à la coercition dans la mesure où celle-ci est possible, mais la procédure pénale des magistrats et des comices est exclue. Sur le procès de Claudia, qui constitue peut-être une exception, cpr. p. 59, n. 1.

dure pénale des mandataires consulaires, des duumvirs de la perduellion et des questeurs s'étend, comme procédure capitale et vraisemblablement à ce titre seul, aux délits publics en général, c'est-à-dire au domaine du droit pénal consulaire.
(152) Les atteintes portées à la plèbe et plus tard les crimes d'État, qu'ils conduisent à une peine capitale ou à une amende, donnent lieu en général à une procédure pénale devant les chefs de la plèbe, notamment devant les tribuns. Enfin il y a une série de peines délictuelles réglementées d'une manière spéciale qui seront traitées comme procédure d'amende devant les édiles ; on peut leur adjoindre dans un même exposé la procédure comitiale d'amende du Grand Pontife.

Consuls. A l'intérieur de la ville de Rome, la procédure pénale publique ne se rencontre pas seulement lorsqu'il y a application de la coercition sans limites légales conformément aux règles exposées dans la Section précédente ; on la trouve encore d'une manière générale dans les mains des consuls ou. lorsque ceux-ci font défaut, dans les mains de leurs représentants légaux avec l'appui des auxiliaires qui leur sont subordonnés en vertu de la constitution, c'est-à-dire des deux questeurs urbains et plus tard des triumvirs et des autres magistrats de sûreté urbains dont il sera parlé dans la Section XII de ce Livre. De même que les consuls sont obligés chaque année de conduire les citoyens hors des murs pour procéder à des exercices militaires, de même ils sont toujours tenus de veiller à la sécurité intérieure de la ville et de punir les malfaiteurs ou de les faire punir. Mais le Sénat qui leur donne fréquemment des ordres pour l'emploi de l'armée provoque aussi assez souvent leur intervention (1) ou celle d'au-

(1) Tite-Live 4, 50, 6 ; en outre pour l'année 440/314, Tite-Live, 9, 25. 26, où à l'occasion d'une conjuration survenue en Campanie et de ses ramifications à Rome (*Romam quoque et ad principum quosdam inquirendo ventum est*) on nomme un *dictator quaestionibus exercendis* (d'après les Fastes, à vrai dire *rei gerundae causa* : *St. R.*, 2, 157 [*Dr. publ.*, 3, 180]) et surtout pour l'année 558/196, Tite-Live, 39, 14, 6 : *quaestionem de Bacchanalibus sacrisque nocturnis extra ordinem consulibus mandant*, où l'intervention *extra ordinem* ne doit pas, comme d'ailleurs dans l'ancienne termino-

tres détenteurs disponibles de l'*imperium* (1) pour la répression des crimes. Cette procédure d'instruction consulaire s'applique au citoyen et au non citoyen. Chacun doit répondre à la « question » du consul à moins que le tribun de la plèbe n'intervienne en sa faveur (2); toute distinction entre les accusés suivant leur condition et leur sexe est absolument inconcevable pour l'instruction. Si celle-ci est terminée en fait et si (153)
le magistrat considère les crimes capitaux comme prouvés, les personnes reconnues coupables ne sont pas toutes traitées de la même manière ; les femmes, les étrangers et les esclaves sont condamnés à mort par le consul lui-même et celui-ci fait exécuter la sentence ; contre le citoyen on ouvre le procès formel, dont nous allons immédiatement exposer les détails (3). Ce procès est donc bien la procédure principale ; mais il n'est ordinairement qu'une procédure formelle dirigée contre l'accusé déjà reconnu coupable en fait, ainsi que le prouve la remise de l'affaire à des magistrats le plus souvent d'un rang inférieur et comme d'autres vestiges le confirment (4). — Cette procédure pénale publique, sagement organisée en soi,

---

logie, être entendue d'une extension de compétence, mais de l'expédition de ces affaires en dehors de l'ordre du rôle et avant les autres. Il faut encore comprendre de la même manière le passage (Tite-Live, *Ep.*, 59), où il est dit de la mort du second Africain causée probablement par un empoisonnement : *de morte ejus nulla quaestio acta.*

(1) Rentrent dans cette catégorie les instructions en matière de *veneficium* mentionnées p. 163, n. 3 et s'étendant à la ville et aux environs.

(2) Seule, l'*appellatio* au tribun de la plèbe protège contre l'interrogatoire (Tite-Live, 9, 26, 10. 16).

(3) Tel est le résultat atteint, lorsque le Sénat, après avoir interdit à tous les Romains, Latins et alliés de prendre part au culte de Bacchus, ajoute que le contrevenant sera puni de la peine de mort — *rem capitalem faciendam esse.* Par là, il entend tout à la fois, suivant la diversité des conditions politiques, l'exécution consulaire, la procédure de provocation et la procédure pénale dans la patrie d'origine. Rien ne s'oppose à la conjecture d'après laquelle on aurait procédé de cette manière pour les nombreuses condamnations à mort prononcées dans le procès des Bacchanales (Tite-Live, 39, 18, 4).

(4) Les mots de Plaute (*Capt.*, 475) : *de foro tam aperto capite* (= publiquement, cpr. p. 197, n. 1) *ad lenones eunt quam in tribu aperto capite sontes condemnant reos* prouvent que la consultation des comices ne faisait aucune difficulté dans la marche ordinaire de la procédure et que l'ouverture de l'*anquisitio* formelle était ordinairement en fait la condamnation.

pouvait bien, étant donnée la situation des détenteurs de l'*imperium* renforcée par le Sénat et malgré l'annuité des fonctions de ceux-ci, suffire dans le milieu restreint de l'ancienne société romaine à maintenir efficacement la paix publique. A vrai dire, il ne faut pas perdre de vue que les questeurs n'avaient pas d'*officiales* convenables pour l'instruction et que leurs supérieurs, les consuls, ne reçurent des *officiales* qu'en petit nombre et tout d'abord pour d'autres buts que l'instruction. On devra se rappeler que la procédure pénale publique s'est au début difficilement étendue au meurtre et à l'incendie volontaire (p. 68) ; et même lorsque cette réforme eut été réalisée, on fit en fait coopérer les particuliers, notamment ceux qui avaient l'intérêt le plus direct dans l'affaire, à l'établissement du délit et à la comparution des coupables, comme cela eut lieu de plein droit pour les délits contre la propriété. Le fait que toute cette procédure ne fonctionnait plus d'une manière convenable à la dernière époque de la République a indubitablement eu pour cause principale que les
(154) consuls, au lieu de conduire les citoyens comme autrefois hors de la ville pour le service de campagne et éventuellement de réduire par les armes une cité voisine, se chargeaient au cours de leur année de fonction de commandements militaires en Espagne et en Afrique. Pendant ce temps, leur représentant légal, le préteur, astreint à rester dans la ville, ne pouvait à lui seul administrer énergiquement la justice pénale en même temps qu'il exerçait la juridiction civile et de nombreuses autres fonctions, tandis que l'activité plus formelle du questeur passait tout à fait à l'arrière plan. Tels sont les motifs de l'introduction de la procédure d'accusation, qui est en substance un appel adressé aux citoyens en tant que particuliers pour les inviter à se charger volontairement de la recherche des délinquants. Ce sont également ces raisons qui ont amené Sylla dans sa réforme constitutionnelle à imposer aux consuls l'obligation de séjourner à Rome pendant toute l'année de leur charge; mais cette innovation venait à vrai dire trop tard.

La représentation du détenteur de l'*imperium*, légalement organisée pour toutes les affaires officielles de la ville, est prescrite pour la procédure pénale ; ce détenteur ne doit pas être mis en collision avec l'assemblée du peuple ; un jugement qu'il a prononcé ne doit pas être révoqué par les comices. Donc, lorsqu'une peine capitale doit être infligée à un citoyen romain — les condamnations à des amendes n'ont jamais, semble-t-il, été portées par les représentants des consuls à l'assemblée du peuple — le magistrat, qui a conduit l'instruction, confie le procès formel et la défense du jugement à des magistrats auxiliaires nommés par lui.

Duumvirs de la perduellion.

a. Lorsque l'affaire de perduellion n'était pas liquidée par la procédure capitale consulaire, contrairement à ce qui se produisait toujours vis-à-vis des non citoyens et ce qui pouvait aussi avoir lieu au regard des citoyens en cas de crime militaire, il n'y avait pas de magistrature permanente pour la répression de ce crime dans la forme de la procédure comitiale, probablement parce qu'il semblait peu convenable et superflu d'en établir une de ce genre pour la trahison (1). Le cas échéant, les consuls nommaient, sans doute à leur gré dans l'ancien temps, plus tard à la suite d'une proposition des comices qui les liait, conformément au principe républicain de la collégialité, deux hommes, dont l'un expédiait la procé- (155)
dure préliminaire et l'autre prononçait le jugement que les comices infirmaient ou confirmaient (2).

---

(1) On pourrait rattacher le manque de magistrats ordinaires intermédiaires à ce fait que la *perduellio* supprime de plein droit la qualité de citoyen, de telle façon que la coercition capitale soit par conséquent juridiquement possible contre tout *perduellis*. Mais on rendrait ainsi, comme nous l'avons déjà fait remarquer (p. 47), le droit de provocation pratiquement et théoriquement illusoire. En outre, il n'est pas croyable, d'une part, que ce droit ait été introduit tout d'abord pour la protection du meurtrier et de l'incendiaire ; d'autre part, le procès d'Horace prouve que les jurisconsultes romains ont fait remonter l'institution de ces magistrats intermédiaires, qu'on appelle duumvirs, aux débuts de la provocation, c'est-à-dire à une époque où celle-ci n'était pas encore obligatoire.

(2) Ce que nous savons de cette procédure remonte à la légende juridique du procès d'Horace et à la copie qui en a été tentée dans le procès

Questeurs. 5. Pour le meurtre et sans doute également pour la rapine (1), pour l'incendie volontaire, le sacrilège, le péculat et d'une manière générale, en dehors de la perduellion, pour tous les crimes qui d'après les lois sont réprimés d'office, les questeurs prennent la même situation intermédiaire que les duumvirs (2). Si, d'après les rapports dignes de foi des annales, cette magistrature ne remonte pas à l'époque royale (3), mais date du début de la République, il y a là une conséquence du

---

de C. Rabirius ; nous avons réuni dans le *St. R.*, 2, 615 et sv. [*Dr. publ.*, 4, 326 et sv.] les renseignements qui nous sont fournis à cette occasion. Du reste, on ne doit pas, du défaut de témoignages pour l'application pratique de cette procédure, conclure à sa désuétude rapide. L'affirmation que les duumvirs n'ont pas le droit d'acquitter (Cicéron, *Pro Rab. ad pop.*, 4, 12) est une ruse d'avocat ; mais il est vrai qu'on ne procédait à leur nomination qu'autant que l'instruction préalable faisait apparaître la condamnation comme probable. La première procédure n'a dû être par suite qu'une formalité.

(1) Si les Romains concevaient le vol comme un délit qui n'était réprimé qu'à la demande de la partie intéressée, c'est-à-dire si le magistrat n'intervenait pas pour découvrir le voleur, mais seulement pour le punir lorsqu'il était amené devant lui, il est impossible que la rapine ait été traitée uniquement comme *furtum violentum*. La conception du droit récent, d'après laquelle la rapine rentre dans le meurtre, remonte vraisemblablement à l'époque primitive.

(2) Festus, p. 221 *v. parricidii* et p. 259 *v. quaestores ;* Pomponius, *Dig.*, 1, 2, 2, 23. Même pour cette procédure il n'y a pas, en dehors du schéma conservé par Varron, *De l. Lat.*, 6, 91 pour la convocation de tels comices, de témoignages historiquement dignes de foi. La preuve que cette procédure se rapporte tout d'abord au meurtre nous est donnée, en dehors de l'appellation *quaestores parricidii*, par la procédure contre M. Volscius (Tite-Live, 3, 24. 25), car le faux témoignage dans un procès capital est juridiquement assimilé au meurtre. En faveur de l'extension de cette procédure à la perduellion, on peut faire valoir que le procès de Sp. Cassius est, d'après la version en apparence la plus ancienne, conduit par les questeurs (Cicéron, *De rep.*, 2, 35, 60. Tite-Live, 2, 41. Denys, 8, 77) ; mais dans cette conjecture la création de juges pour la perduellion est inconcevable, et le fait que dans un autre récit le procès de Cassius est renvoyé à la juridiction domestique (p. 21, n. 2) apparaît comme une protestation contre la première hypothèse. Naturellement, aucune des deux narrations n'a un caractère historique.

(3) Les dates relatives à l'apparition de la questure sont réunies dans le *St. R.*, 2, 523 et sv. [*Dr. publ.*, 4, 220 et sv.] ; mais le lien qui existe entre cette question et la provocation républicaine n'est pas signalé à cet endroit. Le procès d'Horace, fondé sur un *parricidium* mais confié aux duumvirs de la perduellion, montre de la manière la plus nette qu'on ne faisait pas remonter la questure à l'époque royale. Les récits

système de la provocation obligatoire rattachée d'une manière ferme par la tradition à l'introduction de la République ; car un tel système exige pour la procédure pénale un organe, dont la sentence peut faire l'objet d'un appel à l'assemblée du peuple, c'est-à-dire précisément le questeur. Les questeurs se présentent naturellement comme auxiliaires permanents des consuls. Ils sont, au début, librement nommés par ceux-ci ; mais de bonne heure, déjà peut-être dès l'époque des décemvirs, ils sont créés sur une proposition des comices. Comme leur activité dans les matières de droit pénal ne se porte pas sur le domaine politique et est en général d'ordre inférieur, il en est peu question dans nos documents ; néanmoins l'administration de la procédure pénale publique ordinaire est jusque dans les derniers siècles de la République rangée parmi les devoirs professionnels des deux questeurs urbains. (156)

Tribuns de la plèbe.

II. La puissance répressive des tribuns de la plèbe est issue de la lutte des classes, en particulier de l'établissement, en face de la vieille noblesse romaine (1), d'un groupement de citoyens non patriciens qui constitue un État dans l'État avec ses chefs propres. Cette nouvelle communauté réprime la violation des droits qui lui sont accordés par les lois ou qu'elle considère comme lui ayant été accordés et les offenses faites à la personne de ses chefs, exactement de la même manière que la communauté globale des citoyens réprime les atteintes à sa constitution et à ses magistrats. Cette procédure de perduellion plébéienne, tel est le nom qu'on peut lui donner au fond, a été le point de départ de la procédure pénale tribunitienne. Celle-ci s'est étendue dans la suite au crime d'État en général,

---

de l'époque républicaine mentionnent les questeurs pour la première fois dans le procès de Sp. Cassius peu de temps après l'expulsion des rois ; il n'est nulle part question de leur création.

(1) Nous avons traité *St. R.*, 2, 297 [*Dr. publ.*, 3, 342] de ce stade originaire du droit pénal tribunicien, sur lequel nous ne sommes renseignés que par des récits d'une authenticité médiocre.

lorsque l'assimilation formelle du peuple romain et de la plèbe (*populus plebesve*) eut mis fin à la lutte des classes et elle est devenue, par suite surtout de l'absence de magistrats patriciens permanents pour ces sortes d'affaires, à l'époque postérieure et jusqu'à l'introduction des *quaestiones* pour crime de lèse majesté et de péculat, la forme générale employée par chaque parti pour les procès politiques. C'est pour cette raison que les récits des annales la mettent tout à fait au premier plan; elle s'y présente certainement avec une importance beaucoup plus grande que celle qu'elle a eue dans l'administration effective de la justice pénale, puisqu'elle ne s'est pas étendue aux délits de droit commun qui tombent dans la compétence des questeurs (1). — Nous sommes insuffisamment renseignés sur la compétence des édiles en droit pénal, en tant qu'elle n'appartient pas à la catégorie suivante. Les édiles plébéiens, institués en même temps que les tribuns de la plèbe et calqués sur les questeurs, comme les tribuns l'étaient sur les consuls, paraissent n'avoir rempli au début

Ediles.

(157)

(1) Toute indication positive manque sur les limites du droit pénal tribunicien après la cessation de la lutte des classes. Cependant les nombreuses indications isolées et dignes de foi, qui sont réunies dans le *St. R.*, 2, 319 et sv. [*Dr. publ.*, 3, 368 sv.], nous montrent que les tribuns de la plèbe emploient dans presque tous les cas leur pouvoir répressif contre des magistrats auxquels on reproche d'avoir manqué à leurs devoirs professionnels et que là où ils obligent des non magistrats à rendre compte, il s'agit toujours de personnes qui se sont chargées d'un mandat public. Par contre il n'est jamais question de l'intervention des tribuns contre les meurtriers et les incendiaires. En particulier, dans le procès des Bacchanales où l'on nomme à côté des consuls tous les magistrats de police : les édiles curules et les édiles plébéiens, les triumvirs et les quinquévirs (Tite-Live, 39, 14), aucun mot ne fait allusion aux tribuns de la plèbe auxquels, il est vrai, le consul ne peut pas commander (Tite-Live, 39, 14, 9). On peut donc conclure ici de ce silence au défaut de compétence du tribun de la plèbe en ces matières. Par là s'explique aussi que les tribuns de la plèbe ne jouent aucun rôle dans les mesures à prendre contre les étrangers et les femmes. La coercition tribunicienne disposait dans l'intérieur de la ville de moyens de contrainte plus étendus que ceux de la coercition consulaire, et on ne peut admettre qu'elle était seulement possible contre les citoyens, mais le pouvoir répressif du tribun de la plèbe se limitait aux délits politiques et par conséquent ordinairement à des actes punissables des citoyens.

que des services auxiliaires dans l'administration tribunicienne de la justice répressive. Leur rôle dût cependant être de moindre importance que celui des questeurs dans la justice pénale patricienne, parce que les tribuns, à la différence des consuls, n'éprouvaient aucune hésitation à soumettre leurs jugements à la décision en dernier ressort de l'assemblée du peuple et les défendaient devant elle. En outre, les édiles de la plèbe ont prononcé à titre d'autorités indépendantes des jugements répressifs, au moins pour les offenses personnelles commises contre eux, et les ont justifiés eux-mêmes devant l'assemblée du peuple ; ce pouvoir leur est resté après la cessation de la lutte des classes et a été étendu aux collègues patriciens qui leur ont été adjoints plus tard (1). Du reste, le droit pénal édilicien propre ne joue dans la procédure criminelle romaine, sinon légalement, du moins en fait, qu'un rôle subordonné (2). — Si dans la procédure capitale patricienne il a été difficile au juge répressif de prononcer une amende pécuniaire au lieu de la peine de mort, il semble d'après les documents que dans la procédure tribunicienne il ait été permis de tout temps de faire abstraction de la peine capitale et d'appliquer (158)
une amende pécuniaire, dont le montant était arbitrairement fixé par le tribun ; en tout cas cette pratique y est apparue de bonne heure (3). Comme la peine de mort pour crime po-

(1) Aulu-Gelle, 4, 14.

(2) Les renseignements sur l'intervention des édiles dans la procédure pénale publique, en partie indignes de créance et généralement incertains quant aux motifs d'ordre juridique qu'ils indiquent, sont réunis dans le *St. R.*, 2, 475. 492 et sv. [*Dr. publ.*, 4, 167. 185 et sv.]. La compétence de ces magistats est peut-être identique à celle des tribuns (en faveur de cette conjecture notamment Cicéron, *Verr.*, l. 1, 5, 12) ; il n'y a que la procédure capitale dans laquelle elle ne se rencontre pas : en général elle s'applique plus rarement et moins rigoureusement. Il n'y a pas de preuves de l'intervention des édiles dans un procès proprement politique.

(3) Le récit de Tite-Live, 2, 52, 5 relatif à l'année 279/475, d'après lequel les tribuns de la plèbe ont terminé un procès en responsabilité contre les consuls, qui avait été commencé comme procès capital, par une condamnation à 2000 as, donc par une condamnation inférieure au maximum de la coercition (p. 57) — amende qui était conçue comme peine infamante — n'est certainement pas historique, mais prouve que les annalistes romains considéraient la procédure d'amende tribunicienne

litique ne s'applique ordinairement pas en pratique, cela a essentiellement contribué à faire en fait du procès politique un procès tribunicien. La procédure pénale édilicienne n'a jamais, à notre connaissance, conduit à une condamnation capitale. C'est peut-être la raison pour laquelle des délits légalement définis, comme le vol de récoltes de la loi des XII Tables, au lieu d'être réprimés par la procédure capitale des questeurs, arrivent plutôt au tribunal du peuple par l'intermédiaire de la procédure d'amende des édiles (1).

Les magistrats en général.

III. Dans les lois pénales romaines on rencontre à plusieurs reprises une invitation, adressée aux magistrats en général, de faire à l'occasion du délit visé, du droit qui leur appartient d'infliger une amende en faveur de la caisse ou du temple de la communauté un usage tel, que cette amende dépasse le maximum établi pour la coercition de façon à rendre possible la *provocatio* du condamné à l'assemblée du peuple (2).

---

comme aussi vieille que le tribunat de la plèbe lui-même. Cela n'empêche pas que cette conception puisse être historiquement erronée ; peut-être n'y a-t-il eu au début de la lutte des classes aucun procès d'amende ; et la procédure patricienne avec les duumvirs et les comices centuriates et la procédure plébéienne avec les tribuns et le *concilium plebis* ont peut-être coexisté comme procédures capitales.

(1) Pline, *N. H.*, 18, 6, 41-43. Dans le procès pour vol de récoltes, que la loi des XII Tables a certainement établi comme procédure capitale, l'édile curule agit pour une amende pécuniaire.

(2) Loi relative au bois sacré de Luceria, qui est bien du 6e s. de la fondation de Rome (*C. I. L.* IX, 782 = Bruns, *Fontes*, p. 260 [Girard, *Textes*, [3], 25]), après l'invitation à l'action privée : *seive magisteratus volet moltare*, [*li*]*cetod*. Loi Silia (Festus, p. 246 = Bruns p. 46) sur l'établissement par les magistrats de fausses mesures et de faux poids, environ du 7e s. : *quis volet magistratus multare* (ms. *multaretur*), *dum minore parti* (ms. *patris*) *familias taxat liceto, sive quis in sacrum judicare voluerit, liceto*. Loi de Bantia (*C. I. L.* I, 197 = Bruns, p. 53 [Girard, p. 30]) de la même époque, après l'invitation à l'action privée : *sei quis mag. multam inrogare volet*, [*dum minoris*] *partus familias taxsat, liceto* (de même dans le texte osque, p. 50). Fragment de Tuder, *C. I. L.* XI. 4632 = Bruns, p. 155 après l'invitation à l'action privée (le début manque) : [*eamque pecuniam vel*] *populi judicio petere vel in sacrum judicare licet*[*o*]. Le fragment *C. I. L.* I, 1502 = Bruns, p. 121, dans la mesure où il nous est parvenu, concorde avec les témoignages précédents. De même dans Plaute, *Truc.*, 759 (p. 183, n. 2) on trouve côte à côte le préliminaire de la *multae inrogatio*

Cette invitation alterne fréquemment avec une autre, dont il sera parlé dans la Section IV, qui leur est faite de demander (159)
par voie de procès prétorien une somme fixe à titre de peine, également en faveur de la communauté (1). Ne peuvent répondre à cette invitation ni les magistrats avec *imperium*, parce que leurs jugements ne doivent pas être soumis à l'assemblée du peuple; ni les censeurs, parce qu'ils n'ont pas le droit de convoquer les comices ; ni les questeurs, parce qu'ils n'ont ni ce droit de convocation, ni celui d'infliger des amendes. Elle s'adresse utilement aux tribuns de la plèbe, aux édiles curules et à ceux de la plèbe. Ces prescriptions trouvèrent un appui dans d'autres institutions : soit dans la liste des individus mal famés et dangereux pour la communauté que les triumvirs capitaux tenaient vers le milieu de l'époque républicaine (2) et qui apparemment avait entre autres buts celui de fournir aux magistrats les éléments pour des accusations de ce genre, soit dans les actions d'amendes élevées, nombreuses mais nullement définies quant à leur fondement juridique, que les édiles des deux catégories portaient devant l'assemblée du peuple. Les délits pour lesquels cette invitation est mentionnée s'accordent bien avec cette conception. Cette invitation générale se rencontre dans une loi pénale contre l'établissement par les magistrats de fausses

---

et la menace de l'action prétorienne. — Quant au rapport du *multare* et de l'*in sacrum judicare* et quant à la limitation de la *multa inrogata* à la totalité ou à environ la moitié du patrimoine, il en sera traité dans le Livre V à propos des amendes pécuniaires.

(1) Ainsi dans la loi de Lucéria et dans la loi de Bantia.

(2) Plaute, *Truc.*, 759 : *ego tibi... ludos faciam... quae adversum legem accepisti a plurimis pecuniam* ; *jam hercle apud hos* (c'est-à-dire les personnes présentes au théâtre ; *nos* dans le ms., *novos* Bergk) *omnis magistratus faxo erit nomen tuom*, le texte indique par là la possibilité de la *multae inrogatio* ; vient ensuite la menace de l'action prétorienne au quadruple. D'autres textes montrent que les triumvirs tiennent cette liste. *Asin.*, 131 : *ibo ego ad trisviros vostraque ego nomina faxo adsint, capitis te perdam et filiam* (une courtisane). *Aulul.*, 416 : *ad trisviros jam ego deferam nomen tuum... quia cultrum habes* (sur quoi la réponse : *cocum decet*). Il faudra y joindre la liste des prostituées tenue par les édiles ou plutôt pour eux suivant l'ancienne coutume (*more inter veteres recepto*) (Tacite, *Ann.*, 2, 85).

mesures et de faux poids (p. 182, n. 2). Les actions pénales édiliciennes se rapportent principalement à l'usure, à l'accaparement des grains et aux mauvaises mœurs (1). Partout cette procédure s'applique à des abus visés relativement tard par la loi criminelle, sans caractère directement politique,
(160) mais nuisibles au bien public. Le fait que, pour ces procès d'ordre inférieur aux procès politiques proprement dits mais rentrant cependant dans le domaine extensible du crime d'État, on s'adresse aux tribuns de la plèbe et aux deux catégories d'édiles, et qu'ordinairement ces derniers interviennent seuls à leur occasion, concorde avec ce que nous avons précédemment dit sur le rapport existant en droit pénal entre ces deux charges. Du reste, les délits dont il est ici question ont de nombreux points de contact avec les fonctions de police exercées par les édiles sur les rues et les marchés. — De même que dans les lois visées les magistrats étaient invités à prononcer pour certains délits des peines pécuniaires supérieures à la limite légale de la coercition, mais devaient ensuite se soumettre à la *provocatio* aux comices, de même on a permis au grand pontife, qui en général exercait aussi des fonctions de magistrat, d'infliger aux prêtres soumis à son magistère spécial, pour manquement à leurs obligations religieuses, de lourdes peines pécuniaires sous réserve de l'appel aux comices (2).

Grand Pontife.

Indivisibilité de la juridiction.

Le système de la collégialité, qui domine aux autres égards le droit républicain, s'efface pour le jugement devant le principe plus ancien et plus fort de l'indivisibilité de la fonction de

---

(1) *St. R.*, 2, 493 [*Dr. publ.*, 4, 187]. Les différents délits sont traités dans le Livre IV.

(2) Pour plus de détails, v. *St. R.*, 2, 57 [*Dr. publ.*, 3, 64]. Cela se produit principalement à propos de congés refusés aux trois grands flamines. Il est difficile que le pontife n'ait eu le droit d'infliger des amendes qu'à tous les prêtres et qu'il n'ait certainement pas eu ce droit contre des laïcs. Dans la procédure pontificale contre Dolabella qui, élu roi des sacrifices, se refusait à prendre cette charge (Tite-Live, 40, 42), l'élection doit indubitablement être considérée comme une *captio* juridiquement indépendante de la volonté des élus de telle façon qu'il s'agit ici de contraindre celui qui a été ainsi élu à déposer sa fonction laïque.

juge (1). Cela se manifeste de la manière la plus nette dans les institutions les plus anciennes, c'est-à-dire chez les duumvirs de la perduellion dont un seul entre en ligne de compte pour l'exercice de la juridiction (2) et chez les questeurs parmi lesquels, d'après le schéma comitial, un seul conduit l'affaire avec l'assistance de ses collègues (3). Il est indiscutable que les collèges des tribuns de la plèbe (4) et des édiles (5) ont ordi- (161)
nairement exercé dans cette procédure pénale une action collective, surtout parce que chacun de ces magistrats pouvait par l'*intercessio* faire tomber l'acte de son collègue, mais l'acte formel de juridiction n'était accompli que par un seul.

Tribunal du peuple.

Le jugement du peuple, *judicium populi* (6) et son terme

---

(1) Même lorsqu'au fond le jugement est arrêté par une majorité, ce qui du reste n'a pas lieu dans le plus ancien droit, l'unité est maintenue dans la forme. Dans les procès de récupérateurs, le préteur décide en laissant à la majorité de ces derniers le soin de résoudre le dilemme posé dans la formule. Dans la procédure des *quaestiones* le jugement émane du président, mais sa décision est liée par l'avis de la majorité de ses « conseillers ». A envisager strictement les choses, l'assemblée du peuple elle-même ne juge pas, mais elle laisse seulement subsister le jugement du magistrat ou l'infirme.

(2) P. 177. Tite-Live, 1, 26, 7.

(3) Varron, *De l. L.*, 6, 90. 91.

(4) Tite-Live, 3, 56, 1 : *tribuni... accusatorem primum Verginium.. deligunt.* Denys, 11, 46 : Ἀππίου δὲ Οὐεργίνιον ἔταξαν ἄνευ κλήρου κατηγορεῖν. Il y avait donc sans doute en pareil cas un tirage au sort pour la direction du procès.

(5) Cette question a une importance particulière pour les édiles, qui n'ont pas coutume de verser les amendes dans l'*aerarium*, mais de les employer à des constructions. En cas d'action exercée en commun, l'emploi des amendes a également lieu en commun, comme nous le montrerons dans le Livre V à propos des peines pécuniaires, sans doute après entente des collègues, sans tenir compte que le procès dans la forme a été dirigé par un seul d'entre eux.

(6) Le terme technique dont se sert la loi des *repetundae* pour désigner la procédure des magistrats et des comices est *quaestio* (p. 168, n. 3), c'est-à-dire l'instruction ; mais il ne faut pas perdre ici de vue que ce mot embrasse aussi l'instruction criminelle dirigée contre des non citoyens. — La procédure pénale publique est aussi désignée par la formule *judicare multamve inrogare* (p. 191, n. 3), où le premier mot se rapporte à la procédure capitale et où l'on indique qu'originairement toute instance criminelle publique tend en principe à une peine capitale. — Le terme *judicium populi* est imprécis, car l'arrêt du peuple qui casse une sentence judiciaire est un jugement. Il appartient difficilement à la langue technique de

corrélatif rigoureusement distinct de lui, la loi du peuple, la *lex populi* ou *publica* (1), tous deux également séparés quant à la forme par ce fait que celle-ci est régulièrement désignée d'après le nom du magistrat qui a dirigé l'assemblée, tandis que cela n'a jamais lieu pour l'autre (2), sont les deux mani-
(162) festations originaires (3) du principe romain, d'après lequel l'assemblée des citoyens représente et domine l'État. Dans le domaine du droit pénal, le fonctionnement du tribunal du peuple remonte d'après les documents à l'époque royale, en tant que celle-ci attribue le droit de grâce non pas au magistrat, mais à l'assemblée du peuple. Le rattachement que l'on fait, de la limitation apportée aux pouvoirs des magistrats par le tribunal populaire à la transformation du gouvernement royal en république, peut bien être une légende; mais cela ne fait que révéler plus nettement encore le lien nécessaire entre le principe démocratique et le pouvoir exclusif du peuple sur la vie du citoyen.

---

fragment de la loi de Tuder p. 182, n. 2 est d'une époque récente), mais est fréquent chez les auteurs littéraires. Tite-Live, 7, 28, 9 : *judicia eo anno populi tristia in feneratores facta, quibus ab aedilibus dicta dies esset, traduntur.* 10, 46, 16 : *dicta die a M. Scantio tr. pl. fugerat... populi judicium.* Cicéron, chez Asconius, *In Scaur.*, p. 20 : *subiit etiam populi judicium inquirente* (plutôt *anquirente*) *Cn. Domitio tr. pl.* En outre, Cicéron, *De leg.*, 3, 16, 35. *Brut.*, 27, 106 et chez Asconius, *In Cornel.*, p. 78. *Verr.*, 5, 67, 173. *De domo*, 13, 33. 17, 45. 35, 95. *Pro Sest.*, 17, 40. Tite-Live, 3, 56, 5. 4, 42, 7. 5, 11. 12. 8, 37, 8. 29, 22, 9. c. 37, 4. — Du reste *judicium populi* est aussi employé dans un sens non procédural pour désigner toute manifestation de l'opinion publique (Cicéron, *Pro Sest.*, 50, 106 et ailleurs). — *Judicium publicum* (Tite-Live, 2, 41, 12) a dans le langage technique postérieur une autre signification. — On ne dit jamais *lex* pour le jugement du peuple, et *rogatio* n'est pas employé davantage dans ce sens; mais *rogare* est usité pour désigner la proposition faite même au tribunal populaire (Cicéron, *Pro Sest.*, 30, 65) et *multam inrogare* est technique (p. 191).

(1) La différence ressort nettement de l'opposition qui existe entre la déclaration de guerre comitiale (Tite-Live, 8, 37; ci-dessus p. 85, n. 4) et le jugement comitial.

(2) Le procès populaire n'offre aucune désignation analogue à celle de *lex consularis, lex Julia, rogatio Flavia*; c'est pour cela qu'on parle de *plebi scitum* à côté de *lex populi*, mais non pas de *judicium plebis* à côté de *judicium populi.*

(3) Les élections populaires ne furent ajoutées que plus tard aux lois et aux jugements du peuple.

Le tribunal populaire peut être convoqué à l'occasion de toute condamnation pénale prononcée dans un procès public contre un citoyen, quel que soit le délit, que la sentence ait été prononcée par un juge de la perduellion, un questeur, un tribun de la plèbe, un édile ou un grand pontife (1); peu importe aussi qu'il y ait condamnation à mort ou à une amende pécuniaire élevée (2), depuis que cette dernière figure parmi les moyens de répression de la procédure publique (3). La provocation est exclue, comme nous l'exposerons plus complètement au Livre suivant dans la Section relative aux moyens de recours, à l'égard des non citoyens et des femmes, sauf les exceptions peu nombreuses que nous indiquerons à ce moment; elle l'est en outre pour tout jugement rendu
en dehors de la procédure pénale publique, donc pour les sen- (163)
tences prononcées d'après les règles de la discipline domestique et du droit de la guerre, ainsi que pour les sentences de droit privé et les jugements des *quaestiones*.

Comme nous l'avons déjà dit, d'après les documents, le

(1) Par opposition à la provocation de l'époque royale qui n'avait lieu qu'à titre exceptionnel, Cicéron (*De rep.*, 1, 40, 62) indique comme une des conséquences regrettables de l'établissement de la République les *provocationes omnium rerum* et dit plus loin dans une opposition identique à la provocation précédente (*De rep.*, 2, 31, 54): *ab omni judicio poenaque provocari licere indicant XII tabulae compluribus legibus*, où ce droit des citoyens est donc signalé à propos des délits particuliers, mais est considéré comme général. Polybe, 6, 14, 6: κρίνει μὲν οὖν ὁ δῆμος καὶ διαφόρου (= dans des actions pécuniaires d'après la terminologie de Polybe) πολλάκις, ὅταν ἀξιόχρεων ᾖ τὸ τίμημα τῆς αδικίας (les amendes prononcées arbitrairement jusqu'à la limite de la *maxima multa* forment l'antithèse) καὶ μάλιστα τοὺς τὰς ἐπιφανεῖς ἐσχηκότας ἀρχάς (ce qui se rapporte à la procédure tribunicienne de reddition de compte, qui régulièrement n'est pas capitale), θανάτου δὲ κρίνει μόνος.

(2) Nous avons montré dans le Livre I (p. 46, n. 1) que la provocation mentionnée dans les sources à propos de la flagellation ne s'applique qu'à cette flagellation qui accompagne régulièrement l'exécution capitale. — En admettant qu'il ait été possible de prononcer dans la procédure publique une *addictio* (avec droit de vendre en esclavage), ce qui cependant n'est ni prouvé ni vraisemblable, il y avait également là une sentence capitale susceptible de donner lieu à la provocation.

(3) Cpr. dans le Livre V la Section des amendes pécuniaires infligées dans la procédure des magistrats et des comices.

système de la provocation obligatoire a été établi dans la procédure pénale, lors de l'introduction de la République, par la loi consulaire Valéria (p. 46, n. 1); puis elle a été sanctionnée d'une manière précise par la loi des XII Tables (p. 187, n. 1); plus tard les lois Porcia, vraisemblablement du VIIe siècle (1), et la loi de C. Gracchus de 631/123 l'ont de nouveau prescrite ; cette dernière loi prohibait notamment la pratique qui, pour éluder la provocation, fondait dans ce cas la procédure pénale sur la perte du droit de cité liée de plein droit à la perduellion (2).

Procédure pour le tribunal populaire.

La procédure pénale des magistrats et des comices se divise en cinq parties : la citation à comparaître à jour fixe (*diei dictio*), la procédure d'instruction (*anquisitio*), le jugement du magistrat (*judicatio* et *multae irrogatio*), l'interjection d'appel au peuple (*provocatio*) et l'élaboration de la décision définitive par les comices (*judicium populi*) (3).

Diei dictio.

1. La citation de l'accusé (*diei dictio*) est évidemment précédée d'habitude de l'instruction préalable du magistrat, décrite dans la Section précédente. Cette instruction, lorsqu'elle est dirigée contre des citoyens romains, détermine le magistrat à faire la citation et forme la base de la procédure pénale des magistrats et des comices. Elle n'est pas requise en droit et n'a pas lieu, lorsque le juge répressif n'en a pas besoin, par exemple en cas de délit dirigé contre lui-même ou lorsque la rumeur publique lui suffit pour élever une accusation contre une personne déterminée. — La citation de l'accusé pour un jour déterminé donne à cette procédure son

(1) Nous avons traité p. 34, n. 3, p. 52, n. 3, des trois lois Porcia dont il est parlé ici. Elles n'ont, semble-t-il, apporté aucune modification de fond à la provocation urbaine.

(2) Il en est traité dans ce Livre à propos de la procédure consulaire sénatoriale.

(3) Parmi les récits nombreux, mais le plus souvent peu détaillés et peu dignes de foi que nous possédons sur des procès de ce genre, le plus clair et le plus complet est celui de Tite-Live, 25, 3. 4. relatif à l'action criminelle intentée par les tribuns de la plèbe pendant la guerre d'Hannibal contre les fournisseurs coupables de fraude.

nom (1) et la distingue de la procédure relevant exclusivement du magistrat, qui comporte bien une pareille citation, mais permet aussi de passer immédiatement à l'examen de l'affaire. Les questions importantes et difficiles de savoir, d'abord dans quelle mesure le magistrat peut assurer la venue au jour fixé de la personne citée, joindre l'emprisonnement à l'assignation ou du moins exiger une caution garantissant la comparution (*vadimonium*), et ensuite quelles conséquences juridiques s'attachent au défaut, sont traitées dans la dernière Section du présent Livre. — Le droit n'a pas exigé, semble-t-il, que le motif précis de la poursuite soit indiqué dans l'assignation (2). (164)

Anquisitio. La procédure d'instruction, *anquisitio* (3), correspond, quant à sa dénomination et quant au fond, à la *quaestio* de la procé-

(1) Tout d'abord Tite-Live, 2, 52, 3 pour l'année 278/476 et depuis, un nombre incalculable de fois, par opposition à la procédure qui n'est pas restreinte par la *provocatio*, Tite-Live 3, 33, 10. Quoique *diem dicere* ne vise tout d'abord qu'un acte de la procédure populaire, il est cependant le terme technique couramment employé pour désigner la procédure elle-même, et à côté de lui on trouve dans le même sens de nombreuses autres expressions. *Accusare* est souvent usité pour exprimer l'activité du magistrat (Varron, *De l. Lat.*, 6, 90 ; Cicéron, *De domo*, 17, 45 ; Tite-Live, 3, 33, 10. 43, 8, 9 et ailleurs), parce que déjà dans la première instance et plus encore dans la seconde celui-ci traite l'accusé comme coupable ; mais l'*accusare* de la part du magistrat n'a pas en ce sens plus de valeur technique que l'*accusari* devant le magistrat (par exemple chez Festus, p. 257, *v. sororium*). Quoique cette forme de procès ne comporte pas d'accusateur, la procédure, notamment celle de la seconde instance, est fréquemment conçue comme une lutte entre le magistrat et l'accusé (Tite-Live, 1, 26, 6 dans la formule du procès d'Horace : *si a duumviris provocarit, provocatione certato; si vincent, caput obnubito;* en outre, Cicéron, *De leg.*, 3, 3, 6 : *multae poenae certatio* ; Tite-Live, 25, 4, 8 ; *multae certatio* ; Tite-Live, 25, 3, 14 : *multam certare*). Cette manière de traiter le procès devant le magistrat comme une contestation judiciaire, en adoptant une conception qui convient à proprement parler au seul procès de droit privé, n'est qu'une façon de parler légèrement défectueuse ; le *populi judicio petere* de la loi de Tuder (p. 152, n. 2) est, au contraire, incorrect, car *petere* désigne dans la langue technique l'action civile devant le préteur.

(2) Chez Tite-Live, 25, 4, 8 on dit, il est vrai : *rei capitalis diem Postumio dixerunt*, mais on ne pense pas ici à la première *dictio*, mais à une *prodictio* postérieure. Les paroles d'Antias, rapportées p. 194, n. 4, doivent être comprises de la même manière.

(3) *Anquirere* (formé de *quaerere* comme *antestari* de *testari*, *anhelare* d'*ha-*

dure relevant exclusivement du magistrat. Mais elle s'en sépare surtout à un double point de vue : d'abord, en considération de la décision définitive que les citoyens sont appelés à rendre, cette procédure doit avoir lieu devant l'assemblée
(165) de citoyens prévenue par un avertissement (1) ; en second lieu, un seul jour de comparution est insuffisant, le magistrat doit prolonger les débats à deux reprises (*prodicare*), de telle façon qu'ils aient lieu à trois jours différents, séparés au moins par un jour d'intervalle (2). Dans cette procédure le magistrat doit exposer les éléments du délit en présence de l'assemblée de citoyens (3). Rien de plus précis ne nous a été transmis sur les modalités de la procédure de preuve (4) ; il est cependant vraisemblable que les règles sur

---

lare et comme ἀνακρίνειν à côté de κρίνειν avec ἀνὰ uniquement pour renforcer le sens, la dérivation de *amb.* chez Festus, *Ep.*, p. 22 est aussi insoutenable au point de vue du fond que philologiquement) apparaît comme expression technique, notamment chez Varron, *De l. Lat.*, 6, 90, dans le *commentarius vetus anquisitionis M'. Sergi M'. f. quaestoris qui capitis accusavit Rocum.*

(1) *In contione* : Cicéron, *In Vat.*, 17, 40. Tite-Live, 4, 40, 5. 26, 3, 6. 38, 51, 6. 12. c. 52, 4.

(2) Cicéron, *De domo*, 17, 45, loue la judicieuse organisation des instances populaires d'autrefois, *ne improdicta die quis accusetur, ut ter ante magistratus accuset intermissa die* (d'où la *comperendinatio* postérieure dans la procédure des *quaestiones*) *quam multam inroget aut judicet.* La répétition de la question à trois reprises dans le procès de Tarquin (Plutarque, *Popl.*, 6) peut être considérée comme prodrome de cette organisation. Les récits de différents procès de ce genre montrent à plusieurs reprises les traces de ces trois comparutions, par exemple, Tite-Live, 26, 3, 7 : *cum bis pecunia anquisisset, tertio capitis se anquirere diceret.* 2, 61, 7. 3, 57, 6. c. 58, 6. 29, 22, 8. Autres preuves : *St. R.*, 3, 356, n. 2 [*Dr. publ.*, 6, 1, 408 n. 2].

(3) Désignation du délit : *de perduellione anquirere*, Tite-Live, 6, 20, 12. — Désignation de la peine : *capite* (ou *capitis*) *anquirere*, Tite-Live, 2, 52, 5. 8, 33, 17. 26, 3, 6. 7 (imprécis *capitis diem dicere*, Tite-Live, 3, 11, 9 ; *rei capitalis diem dicere*, Tite-Live, 25, 4, 8) ; *pecunia anquirere*, Tite-Live, 26, 3, 5. 7.

(4) Le tableau le plus net de cette procédure nous a été donné par Tite-Live, 26, 3, 5 : (*Cn. Fulvius*) *bis est accusatus pecuniaque anquisitum* ; *tertio testibus datis cum... jurati permulti dicerent fugae... initium a praetore ortum..., tertio capitis se anquirere* (*tribunus dixit*). Il est peut-être permis de conjecturer d'après cela, que l'audition des témoins (mentionnée aussi ailleurs : Tite-Live, 3, 13, 1 et Denys, 10, 7, Tite-Live, 3, 58, 8. 25, 3, 16. *Val. Max.*, 6, 1, 7 ; déposition de Caton l'Ancien comme témoin dans le procès contre M'. Acilius Glabrio : Tite-Live, 37, 57. 58) avait princi-

l'interrogatoire de l'accusé, — le magistrat n'ayant pas pu être privé du droit de faire cet interrogatoire, — et sur la preuve testimoniale et par titres, qui seront exposées dans le Livre suivant, ont été en principe transportées de cette forme de procédure aux formes postérieures. — C'est surtout ici que se dégage à côté de la défense personnelle, que l'on rencontre dans la procédure relevant exclusivement du magistrat (p. 171) et qui occupe également ici la première place, l'institution du conseil judiciaire et de la défense par tierces personnes. La procédure des magistrats et des comices ne connait sans doute pas plus que la procédure relevant exclusivement du magistrat des défenseurs au sens moderne du mot; mais comme tout citoyen irréprochable peut demander la parole dans la *contio* et comme le magistrat, directeur des débats, qui a le droit formel de la lui refuser (1), ne peut, (166)
eu égard au rôle de juge en dernier ressort de l'assemblée populaire, faire de cette faculté qu'un usage modéré, les avocats ont dû nécessairement être admis dans cette procédure (2).

Prononcé de la sentence.

3. Lorsque l'administration de la preuve est terminée, le magistrat prononce la sentence qui, s'il n'y a pas acquittement, est une condamnation à mort (*judicium*) ou à une amende pécuniaire fixée arbitrairement; dans ce dernier cas, il est indifférent que l'amende soit destinée à la caisse de la communauté (*multam inrogare*) (3) ou à un temple de la

---

palement lieu dans la troisième audience. Ces audiences correspondent aux *actiones* de la procédure d'accusation et pouvaient sans doute suivant les circonstances durer plusieurs jours.

(1) *St. R.*, 1, 200 et sv. [*Dr. publ.*, 1, 228 et sv.].

(2) En fait il faut en outre tenir compte que ce procès n'est jamais dirigé par le détenteur proprement dit de l'*imperium*, mais par un magistrat inférieur revêtu d'un *imperium* d'emprunt ou par le chef de la plèbe. La conduite du tribun de la plèbe qui dirige le procès de Rabirius nous montre ce qu'un tel président a ou non la faculté de faire, il admet deux défenseurs, Hortensius et Cicéron, et permet à celui-ci de parler une demi heure. (Cicéron, *Pro Rab. ad pop.*, 2, 6. 3, 7. 5, 17).

(3) Cicéron, *De leg.*, 3, 3, 6 : *cum magistratus judicassit inrogassitve, per populum multae poenae* (cpr. p. 15, n. 1) *certatio esto*. De même, *De domo*,

communauté (*in sacrum judicare*) (1). Le magistrat n'est pas lié par les propositions de peine prises en considération dans les audiences précédentes, il a le droit de les élever ou de les diminuer (2). Les deux sortes de peines ne peuvent pas être combinées entre elles, ainsi que cela résulte de la diver-
(167) sité d'instances d'appel qui sera exposée plus loin (3).

Provocatio. 4. Contre l'exécution du jugement le condamné peut réclamer la décision définitive du peuple souverain (4), il peut en appeler du magistrat aux comices par voie de *provocatio* (5).

17, 45 (p. 190, n. 2) *multam irrogare aut judicare.* Ici le mot *judicium* n'est employé que pour désigner le procès capital, sans doute parce que la *multa* appartient à proprement parler à la coercition, et ne se rencontre pas dans la procédure pénale d'après le droit originaire. Ailleurs Cicéron met à côté de la *diei dictio* générale le procès d'amende et le procès capital (*Pro Mil.*, 14, 36 : *diem mihi credo dixerat, multam inrogarat, actionem perduellionis intenderat*). Tite-Live, 26, 3, 8 embrasse les deux catégories dans la formule *capitis vel pecuniae judicare.* — *Multam inrogare*, qui apparaît déjà dans le décret tribunicien d'intercession prononcé dans le procès de C. Scipio (chez Aulu-Gelle, 6, 19) sous la forme plus complète *sententiam de aliquo ferre multamque irrogare*, puis chez Plaute (*Capt.*, 494 : *is diem dicam, multam inrogabo*), dans la loi de Bantia (p. 182, n. 2) et peut être aussi dans la *lex repetundarum*, l. 33 et ailleurs (Cicéron, *Pro Rab. ad pop.*, 3, 8 ; *De dom.*, 22, 58 ; Suétone, *Tib.*, 3) est employé eu égard à la confirmation du premier jugement attendue des comices ; car *inrogare* ne doit pas être séparé de *rogare* et est l'expression technique pour désigner la demande (*rogatio*) qui pèse sur quelqu'un (Cicéron, *De dom.*, 17, 43. 43, 110 ; *Pro Sest.*, 30, 65) ; on comprend donc sous ce terme non pas le fait d'infliger la peine, mais celui de la faire confirmer par le peuple.

(1) On trouve *in sacrum judicare* alternant avec *multare* dans la loi Silia et dans le fragment de Tuder (p. 182, n. 2). Sur le rapport existant entre les amendes de l'*aerarium* et les amendes sacrées cpr. le Livre V.

(2) Transformation de la peine capitale en peine pécuniaire. Tite-Live, 2, 52, 5 (p. 181, n. 3) ; pour la transformation inverse, Tite-Live, 26, 3, 7.

(3) La règle juridique *ut ne poena capitis cum pecunia conjungatur* (Cicéron, *De domo*, 17, 45) repose vraisemblablement non pas sur une prescription positive, mais sur ce fait que la condamnation capitale est portée aux centuries et la condamnation à une amende aux tribus.

(4) Si l'appel à la communauté est combiné avec la demande d'intercession du tribun, ce qui a lieu fréquemment (*St. R.*, 1, 277 n. 2 [*Dr. publ.*, 1, 316, n. 6]), l'appel ne produit son effet que si l'intercession est refusée.

(5) Tite-Live, 1, 26 : *duumviri... cum condemnassent, tum alter ex his : « P. Horati, tibi perduellionem judico » inquit ; « i, lictor, conliga manus ». Accesserat lictor iniciebatque laqueum, tum Horatius... « provoco » inquit.* Ce vieux schéma est mal copié chez Tite-Live, 3, 56 dans le procès contre le décemvir Appius : ici le mot décisif, le *vindex libertatis*, n'est pas inséré, comme dans le procès d'Horace, à l'occasion d'un emprisonnement tendant

Cet appel a un effet suspensif ; si le magistrat n'en tient pas compte et exécute malgré lui la condamnation à mort, il n'est pas couvert par sa fonction, l'acte est considéré comme celui d'un particulier et par suite puni comme meurtre (1). Ce jugement populaire est, comme nous l'exposerons dans la Section relative à cette voie de recours, une instance en grâce. Le jugement ne peut pas être modifié, il ne peut être ni aggravé, ni adouci, mais simplement confirmé ou rejeté ; les lois qui lient le juge répressif n'obligent pas le peuple souverain : chacun pour sa part et par conséquent la majorité a le choix ou de laisser la justice suivre son cours ou de faire au condamné remise de sa peine.

5. Lorsque la *provocatio* avait été interjetée, le magistrat convoquait l'assemblée du peuple ; mais il n'y eut pas ici, à l'époque historique, coopération des comices par curies (2). Dans la première période de la République, l'appel est porté par les magistrats patriciens aux centuries patricio-plébéiennes et par les magistrats plébéiens aux tribus plébéiennes, et des deux côtés on a au moins élevé des prétentions à une (168) Vote du peuple.

à assurer la condamnation à mort, mais à l'occasion d'un emprisonnement préventif qui ne peut pas être empêché par la provocation. — Dans la « *provocatio* » du magistrat (par exemple *a II viris*, Tite-Live, 1, 26, 6, non pas comme Denys d'Hal. traduit 5, 19 : προκαλεῖσθαι τὴν ἀρχήν) au peuple (par exemple, *ad populum provoco* : Pline, *Ep.*, 7, 17, 11), comme dans *prorogare*, *proferre*, *prodicere*, se trouve l'idée de la fixation d'un autre jour de comparution ou d'une autre procédure. De même les expressions *sacramento provocare* (Gaius, 4, 16) et *sponsione provocare* (Gaius, 4, 93. 165) se fondent uniquement sur l'idée de transfert du procès du *jus* dans le *judicium*. — Ce que Cicéron, *De leg.*, 3, 3, 6, dit : *magistratus nec oboedientem et innoxium civem multa vinclis verberibusve coerceto, ni par majorve potestas populusve prohibessit, ad quos provocatio esto* a été expliqué p. 41, n. 2.

(1) Ainsi s'explique que du moins les anciennes lois sur la provocation se contentaient de l'*improbe factum*. Cpr. dans le Livre IV la Section du meurtre. Le délit pouvait sans doute être considéré et puni comme délit de magistrat, mais une telle manière de procéder ne semble pas avoir été adoptée ou du moins ne semble pas l'avoir été à titre principal.

(2) On ne peut concevoir la provocation dans le procès d'Horace que comme s'adressant aux curies, quoique cela ne soit pas dit. De même c'est aussi par curies que la plèbe s'est réunie comme cour de justice au début et aussi plus tard d'une manière générale (*St. R.*, 3, 151 [*Dr. publ.*, 6, 1, 169]).

complète égalité de droits (1). Mais dans la loi des XII Tables la procédure pénale capitale fut exclusivement attribuée à « la plus grande assemblée » (2), c'est-à-dire aux comices par centuries et l'assemblée des plébéiens qui ne comprenait pas les patriciens fut ici écartée. Cette règle a persisté pendant toute la durée de la République. Dans ces appels se produisait une complication : les comices par centuries ne pouvaient être convoqués que par un détenteur de l'*imperium* et les trois magistrats qui avaient le droit d'intenter l'action capitale, le juge de la perduellion, le questeur et le tribun de la plèbe, ne possédaient pas l'*imperium* nécessaire. Cependant les deux premiers ont vraisemblablement reçu du consul au moment de leur nomination dans ce but précis les auspices consulaires requis pour la convocation des comices (3), et quant au tribun de la plèbe, il est prouvé que pour pouvoir intenter la procédure capitale devant les centuries il empruntait au préteur urbain les auspices indispensables (4). — En outre, il est

---

(1) *St. R.*, 2, 300 [*Dr. publ.*, 3, 346].

(2) Loi des XII Tables, 3, 2 Schöll [*id.* Girard] = Cicéron, *De leg.*, 3, 4, 11 : *de capite civis nisi per maximum comitiatum... ne ferunto* ; de même dans le commentaire c. 19, 44 ; *De re p.*, 2, 36, 61 ; *Pro Sest.*, 30, 65. Cicéron, *loc. cit.*, dit que sous le *maximus comitiatus* on comprend les comices par centuries qui embrassent tout le peuple par opposition à l'assemblée des plébéiens qui exclut les patriciens et Plaute (*Pseud.* 1232) parle des *centuriata capitis comitia*. Les comices par centuries sont aussi mentionnés ailleurs à propos du procès capital (Cicéron, *Pro Rab. ad pop.*, 4, 11. Tite-Live, 6, 20, 10 et ailleurs).

(3) Cette conception est plus vraisemblable que celle de l'emprunt des auspices (adoptée *St. R.*, 1, 195 [*Dr. publ.*, 1, 223]) ; la prise des auspices par le questeur nous est affirmée par le schéma de Varron, *De l. L.*, 6. 90.

(4) Valerius d'Antium chez Aulu-Gelle 6, 9, 9 : *Licinius tr. pl. perduellionem ei diem dixit et comitiis diem a M. Marcio praetore peposcit.* Tite-Live, 26, 3, 9 : *Sempronius* (*tr. pl.*) *perduellionis se judicare Cn. Fulvio dixit diemque comitiis ab C. Calpurnio praetore urbano petiit.* 43, 16, 11 : (*P. Rutilius tr. pl. utrique censori perduellionem se judicare pronuntiavit diemque comitiis a C. Sulpicio praetore urbano petiit.* Cicéron, *De har. resp.*, 4, 7 : *diem dixisset, ut jecerat ; fecissem, ut ei statim tertius a praetore dies diceretur.* *St. R.*, 1, 195 n. 4 [*Dr. publ.*, 1, 223, n. 4]. — Il est difficile qu'au moment où la loi des XII Tables excluait l'assemblée plébéienne de la procédure capitale on ait prévu cet emprunt des auspices qui donne cette procédure aux chefs de la plèbe ; il est plus vraisemblable que cet emprunt est une in-

question dans l'action capitale d'une consultation préalable du (169)
Sénat (1); et comme le magistrat avait, après l'interjection de Consultation du Sénat.
la provocation, la faculté de laisser tomber le procès, on peut rattacher cette institution à la coutume admise d'appeler des conseillers pour les décisions importantes (p. 157), par suite à l'habitude pour le magistrat de s'adresser dans ce cas au Sénat comme à un *consilium publicum*. La réponse donnée à celui qui consultait ne liait aucunement ce dernier en droit. — L'action d'amende n'a vraisemblablement jamais pu être portée devant les centuries (2), elle fut peut-être permise de tout temps devant la plèbe dans la forme de la procédure pénale tribunicienne; la loi des XII Tables n'a, semble-t-il, rien prescrit à son sujet et l'a par suite tacitement permise dans ces conditions (3). Depuis lors, en cas de *provocatio*, l'arrêt définitif est rendu pour les sentences des édiles curules et des grands pontifes par les tribus patricio-plébéiennes et pour les sentences des tribuns et des édiles de la plèbe par l'assemblée des tribus simplement plébéiennes (4). La convocation des co-

---

vention postérieure du droit public, apparue à l'époque où le Sénat employait à maintes reprises contre les magistrats le procédé de l'accusation tribunicienne, afin d'étendre aussi au procès capital ce moyen de gouvernement.

(1) Dans le schéma pour l'action capitale du questeur il est dit : *patres censeant exquiras et adesse jubeas*. C'est ce que pense aussi Polybe, 6, 16, lorsque, considérant en fait avec raison le Sénat comme l'autorité qui gouverne réellement, il ajoute que celui-ci ne pouvait prononcer une condamnation capitale qu'avec l'approbation du peuple. *St. R.*, 1, 310. [*Dr. publ.*, 1, 355]. 3. 1044 [7, 244], est à rectifier en ce sens.

(2) Nous n'avons aucune preuve établissant qu'une action d'amende ait été portée devant les centuries.

(3) Comme Cicéron, *De leg.*, 3, 19, 44, dans le commentaire de la loi citée p. 194 n. 2, pose les termes *de capite civis* et *de singulis* comme synonymes, il identifie la procédure capitale et la procédure publique, exclut donc de cette dernière le procès d'amende ou le conçoit tout au moins comme n'étant pas expressément sanctionné.

(4) *Quarta accusatio* : Cicéron, *De domo*, 17, 45 (après les paroles citées p. 190 n. 2) : *quarta sit accusatio trinum nundinum prodicta die, quo die judicium sit futurum*. Sur l'indication incorrecte d'Appien, *B. C.*, 1, 74, et sur l'instance populaire de la loi osque de Bantia, analogue mais non tout à fait identique à l'institution romaine, cpr. *St. R.*, 3, 356, n. 2. [*Dr. publ.*, 6, 1, 408, n. 2]; dans celle-ci, en comprenant la citation à comparaître, on compte cinq accusations.

mices, également appelée « quatrième accusation » eu égard aux trois comparutions de l'*anquisitio*, est soumise aux règles
(170) en vigueur pour les assemblées du peuple chargées de prendre des décisions. D'après ces règles la proposition de peine doit être formulée par écrit, affichée (1) et dénoncée au peuple *in trinum nundinum*, c'est-à-dire vingt-quatre jours auparavant (2). Cependant le juge répressif ou, en cas de procédure capitale tribunicienne, le préteur sollicité pour la fixation d'un jour de comparution peut sur le désir de l'accusé indiquer une date plus rapprochée (3). C'est une particularité de l'instance devant le peuple (4) que si l'assignation manque son effet pour une raison quelconque elle n'est pas renouvelée et l'accusation est du même coup éteinte (5). Nous ne sommes pas suffisamment renseignés sur la procédure elle-même ; il n'est pas prouvé, mais n'est pas invraisemblable que dans cette procédure finale il n'y ait pas eu en principe de débat contradictoire et que le vote ait eu lieu immédiatement (6). Le vote fut oral jusqu'au dernier siècle de la République. Pour donner

---

(1) Cicéron, *Pro Rab. ad pop.*, 3, 8.

(2) Cicéron, *loc. cit.* On trouve même dans les procès isolés des traces de ce long intervalle (*St. R.*, 3, 356, n. 2. [*Dr. publ.*, 6, 1, 408, n. 2]). Sur la durée du *trinum nundinum* cpr. *St. R.*, 3, 375. [*Dr. publ.*, 6, 1, 430].

(3) Cicéron, *De har. resp...*, 4, 7 (p. 194 n. 4). Tite-Live, 43, 16, 12.

(4) Le cours de ces *comitia* et *concilia* est en principe le même que pour tout vote du peuple. Il faut à cet égard renvoyer à l'exposé général donné dans *St. R.*, 3, 369 et sv. [*Dr. publ.*, 6, 1, 423 et sv.] et, dans la mesure où les particularités des comices judiciaires n'ont pas été relevées plus haut, il faut aussi comparer *St. R.*, 3, 359 et sv. [*Dr. publ.*, 6, 1, 411 et sv.]. Par exemple il faut qu'au jour du vote le condamné soit convoqué par une sonnerie de trompette exécutée devant sa maison : Varron, *De l. Lat.*, 6, 90 ; Plutarque, *C. Gracchus*, 3.

(5) Cicéron, *De domo*, 17, 45 cite parmi les adoucissements du procès populaire, *ut... si qua res illam diem* (de la décision finale) *aut auspiciis aut excusatione sustulit, tota causa judiciumque sublatum sit.* On trouve des applications de cette règle *St. R.*, 3, 357, n. 1. [*Dr. publ.*, 6, 1, 408, n. 5]. Toutefois cela n'était certainement qu'une coutume, maintenue par la voie de l'intercession tribunicienne ; par exemple il n'est pas fait allusion à cette règle dans le procès de M. Manlius (Tite-Live, 6, 20, 11).

(6) La procédure suivie dans les comices par centuries convoqués pour d'autres buts parle en faveur de cette conjecture (*St. R.*, 3, 358, n. 4, 392 et sv. [*Dr. publ.*, 6, 1, p. 410, n. 7, 451 et sv.]). Contre elle : Tite-Live 25, 3,

aux citoyens la facilité d'accomplir leur devoir en se prononcant suivant leur conviction même contre des accusés puissants (1), le parti réformateur aristocratique introduisit le vote par écrit et cacheté, d'abord en 617/137 par la loi de L. Cassius pour toutes les instances populaires à l'exclusion du procès de perduellion (2), puis en 647/107 par la loi de C. Coelius Caldus même pour ce procès (3).

(171) Importance politique de l'instance populaire.

Le tribunal populaire romain est la parfaite et complète manifestation de la liberté civique romaine. Si le droit pénal public atteste d'une manière générale la suprématie de la communauté sur les particuliers, c'est-à-dire s'il est une application de la notion d'État se réalisant tout d'abord dans la forme du pouvoir arbitraire illimité du magistrat, l'institution du tribunal populaire a subordonné le magistrat au peuple et remplacé l'arbitraire du magistrat, précisément enfermé ainsi dans des limites légales, par le pouvoir arbitraire et supérieur à la loi de la communauté souveraine. La coercition est devenue juridiction. Mais cette réforme importante de l'enchaînement de l'*imperium* garde en même temps les marques de son origine. Le pouvoir qui habilite le magistrat à prononcer le premier jugement dans la procédure pénale comitiale est celui-là même en vertu duquel il juge sans restriction les

---

16; mais la confusion du jour de l'*anquisitio* et de celui du vote est ici vraisemblable.

(1) Plaute indique (p. 175, n. 4) qu'on pouvait lors du vote se couvrir la tête de son manteau pour rester inconnu.

(2) Cicéron, *De leg.*, 3, 16, 35. 37. *Brutus*, 25, 97. 27, 106. *Lael.*, 12, 41. *Pro Sest.*, 48, 103 avec les scolies p. 303. *In Cornel.*, chez Asconius, p. 78. C'est à tort que j'ai rattaché à cette loi la monnaie de Longinus (*Röm. Münzwesen*, p. 636. [*Hist. de la Monnaie Rom.*, trad. de Blacas, t. 2 p. 505] avec la tessère votive portant l'inscription *u(ti rogas)*, puisqu'on ne vote pas de cette manière dans le tribunal du peuple; elle se rapporte à la loi Cassia de 650/104. (Asconius, *In Cornel.*, p. 78).

(3) Cicéron, *De leg.*, 3, 16, 36; monnaie à l'effigie de C. Coelius Caldus et la tessère votive portant l'inscription *l(ibero), d(amno)*, *Röm. Münzw.*, p. 636. [*Hist. Monnaie Rom.*, t. 2 p. 505]. La loi fut proposée pour atteindre ainsi C. Popilius, l'un des auteurs de la grave défaite dans la lutte contre les Cimbres, ce qui d'ailleurs eut lieu. (Orose, 5, 15, 24. *St. R.*, 2, 323, n. 6. [*Dr. publ.*, 3, 373, n. 5]).

femmes et les étrangers. En forçant le magistrat à justifier son jugement devant la communauté et en lui enlevant la décision définitive, on a bien diminué le caractère arbitraire de son autorité, on ne l'a pas supprimé. En outre, le pouvoir de prononcer discrétionnairement la dernière décision n'est pas modifié par le renvoi de l'affaire au peuple, il est simplement déplacé. Même après cette réforme, cette procédure n'est pas régie par la loi de la même manière que celle où l'autorité répressive a pour organe un jury. La procédure juridique en cas de *perduellio* et de *parricidium* n'a jamais eu la même fixité de forme que celle pour vol et injure. Les notions des différents délits sont appliquées dans la première avec la plus grande indépendance ; la réunion de différents faits punissables y est aussi permise qu'elle est défendue dans la seconde ; la suppression de la peine par voie de grâce y est admise, tandis que la procédure du jury ne connaît pas de grâce. C'est un exemple insigne de la maîtrise sur soi-même en matière politique que la toute puissance comitiale se soit arrêtée devant l'acquittement prononcé par le magistrat et qu'aucun citoyen ne pût être con-
(172) damné à une peine publique grave qu'en cas d'accord du magistrat et du peuple; mais la grâce est aussi un acte arbitraire et un acquittement immérité est également une injustice. Le droit pénal romain est bien la plus puissante manifestation et le produit le plus grandiose de la liberté civique romaine ; mais il laisse aussi entrevoir les défauts de ses qualités : l'égoïsme rude qui ne s'inquiète ni des femmes ni des étrangers, l'indulgence empreinte de faiblesse au regard des concitoyens coupables, l'arbitraire enchaîné et non supprimé (1).

---

(1) Le récit d'après lequel en 341/413 après le meurtre d'un tribun militaire à pouvoir consulaire les tribuns militaires ont, à l'instigation du Sénat, provoqué par plébiscite une instruction (*quaestio*) dont la direction a par un mandat de la plèbe été confiée aux consuls (Tite-Live, 4, 51), qui n'avaient nul besoin de cette autorisation pour le faire, est certainement une falsification introduite dans les Annales pour légitimer les lois sociales de ce genre promulguées pendant la décadence de la République. La même remarque s'applique incontestablement à la transformation faite par Valerius d'Antium du procès d'amende intenté contre

Décadence du tribunal du peuple.

Le tribunal du peuple a, malgré les défauts et les inconvénients inséparables d'une pareille institution, fait preuve d'une stabilité remarquable et n'a disparu en fait qu'avec la République elle-même. Celle-ci n'a connu pendant toute son histoire qu'un nombre étonnamment petit de tribunaux criminels d'exception (1). Il n'est pas question dans la vieille République de

---

L. Scipio en une instruction spéciale sur le recel du butin fait dans la guerre contre Antiochus, instruction qui aurait été décidée à l'instigation du Sénat par les comices et dont la direction aurait été confiée à un préteur (Tite-Live, 38, 54. 55). Il y a également là sans doute une invention tendancieuse (*Röm. Forsch.*, 2, 493 et sv.).

(1) La première loi criminelle d'exception authentique se place en l'année 582/172 (Tite-Live 42, 22). A la suite de traitements cruels infligés à une tribu de Ligurie qui s'était rendue à discrétion et également à cause de la résistance opposée dans cette affaire au Sénat, celui-ci provoqua le vote d'un plébiscite contre le consul de l'année 580, M. Popilius Lénas. D'après ce plébiscite, ce dernier devait dans un certain délai restituer la liberté à ceux qui s'étaient rendus et, en cas d'inexécution, un magistrat à désigner par le Sénat — le choix tomba sur le préteur urbain — devait ouvrir une instruction à ce sujet. M. Popilius Lénas n'ayant pas comparu sur la première citation, on le menaça de procéder contre lui en son absence, après quoi le procès commença ; mais le préteur fit échouer par un subterfuge l'assignation décisive ou, ce qui est également possible, l'incorrection de ce plébiscite, contraire à la défense des *privilegia* posée par la loi des XII Tables, finit par être reconnue. L'affaire se termina sans qu'une décision ait été rendue. — Lorsqu'en 604/150 le préteur Ser. Sulpicius Galba se comporta d'une manière analogue et même pire contre les Lusitaniens qui s'étaient rendus, en les faisant, contrairement à la parole donnée, tuer ou vendre en esclavage, il fut, par suite notamment de l'intervention de Caton, appelé à rendre compte de ces actes, au moyen d'une proposition de loi présentée par le tribun L. Scribonius et tendant à faire racheter aux frais de l'État les gens ainsi réduits en esclavage. (Tite-Live, *Ep.*, 49). Cicéron, *Brut.*, 23, 89 désigne exactement cette proposition comme une *rogatio privilegii similis* et c'est avec raison que Tite-Live et Cicéron appellent le discours de Caton une *suasio*. Cicéron s'exprime au contraire inexactement, lorsqu'il présente, *De or.*, 2, 53, 227, le tribun comme proposant une *quaestio* contre Galba et lorsque Valère Maxime, 8, 1, 2, qui suit ici l'orateur romain, fait de Caton un *subscriptor* de l'accusation. Tite-Live, 39, 40, 12, est aussi imprécis lorsqu'il désigne le vote du peuple sur la *rogatio* comme un *judicium populi*. — Le plébiscite de 582 est donc bien une loi criminelle d'exception, mais il est resté sans conséquence ; celui de 604 n'est pas à considérer en droit strict comme une action pénale. — Les premières lois de cette sorte qui ont conduit à des condamnations pénales, la loi Sempronia de 622/132 contre L. Hostilius Tubulus et la loi Peducaea de 643/111 contre les mauvaises mœurs des prêtresses, appartiennent à l'époque des *quaestiones* permanentes et trouveront leur place dans la Section V.

tribunaux spéciaux avec suspension de la *provocatio* et on n'en trouve même qu'un petit nombre dans la période suivante de la République. Les instances de perduellion organisées contre les Gracques et les partisans de Catilina ont, quant au fond,
(173) un caractère bien plus grave (1) ; mais la forme choisie pour elles et dont il sera parlé à propos du tribunal consulaire-sénatorial, laisse apparaître à travers son enveloppe juridique la puissance de l'idée de droit, toujours considérable même au milieu de l'effondrement du régime républicain. En dehors de la dictature avec sa vieille plénitude de pouvoirs et du décemvirat, il n'y a pas eu à Rome, comme nous l'avons vu (pp. 46, 164), jusqu'à l'époque de Sylla de magistrature excluant dans une forme constitutionnelle l'intervention du tribunal du peuple. Evidemment celui-ci tomba en décadence avec le gouvernement républicain lui-même ; mais les hommes politiques qui dirigèrent le gouvernement de la République dans sa dernière période ne cherchèrent pas le remède à cet état de choses dans des tribunaux d'exception. La nouvelle forme judiciaire de la *quaestio* permanente n'a au début restreint en aucune manière la sphère d'activité du tribunal populaire. Bien au contraire, l'aristocratie réformatrice ayant à sa tête le second Africain a peu d'années avant l'apparition de l'aîné des Gracques réclamé et obtenu le vote secret pour rendre l'instance populaire plus efficace (p. 197) ; celle-ci était donc encore à cette époque un levier politique puissant et ceux qui pensaient encore à des réformes ne voulaient pas la supprimer, mais la fortifier. Elle demeura efficace même à ce moment ; la loi de vote, introduite trente ans plus tard pour le procès de perduellion, devait permettre d'élever avec succès une accusation capitale contre l'un des auteurs de la défaite dans la lutte contre les Cimbres et de détruire ainsi tout au moins son existence civique (p. 197 n. 3). Trois années plus tard, une

(1) Dans son discours contre le meurtre judiciaire, aussi impolitique qu'inhumain, projeté par Cicéron, César dit (chez Salluste, *Cat.*, 51) : *ubi hoc exemplo per senatus decretum consul gladium eduxerit, quis illi finem statuet aut quis moderabitur ?*

loi privait du droit de siéger au sénat toutes les personnes condamnées dans une instance populaire (1). Lors de la délégation des procès de meurtre aux jurys opérée vraisemblablement avant l'époque des Gracques, on réserva comme nous le montrerons dans le Livre IV à propos du meurtre, le meurtre des proches au tribunal populaire. Un crime de ce genre fut encore porté devant le tribunal comitial entre les années 649/105 et 652/102 (2), il en fut de même pour un procès politique en l'année 654/100 (3). Ce fut principalement Sylla qui délaissa en fait l'institution du tribunal populaire et délégua aux jurys la compétence criminelle qui avait appartenu jusqu'ici au peuple ; ce ne fut pas lui qui supprima les instances populaires. Elles sont encore signalées comme ouvertes ou susceptibles d'être ouvertes contre Q. Lutatius Catulus et L. Cornelius Merula pendant les troubles de Marius de l'année 667/87 (4), contre L. Rabirius en 691/63, contre Milon en 698/56 (5), contre Cicéron (6). La dernière trace que l'on rencontre du tribunal populaire est la proposition de loi faite par Antoine pour étendre la *provocatio* à certaines *quaestiones* (7). Ce tribunal a subsisté en droit aussi longtemps que la République. Auguste l'a aboli (8) ou, pour parler peut-être plus exactement, en a fait sortir le tribunal consulaire-sénatorial. (174)

---

(1) C'est ce que décidait, comme l'expose Asconius, *In Cornel.*, p. 78. la loi Cassia de 650/104, qui d'après Cicéron *populi judicia firmavit*.

(2) Orose, 5, 16, 8. Peut être ce Q. Fabius Maximus est-il identique au Q. Fabius Maximus Servilianus (Val. Max., 6, 1, 5 ; Fabius Eburnus chez Quintilien, *Decl.*, 3, 17) consul en 638/116, censeur en 646/108 ?

(3) Contre Q. Metellus à cause d'une prestation de serment refusée : Tite-Live, *Ep.*, 69. Orose, 5, 17, 4, parle incorrectement de *judices* à côté de la *dies dicta*.

(4) Appien, *B. c.*, 1, 74, indique clairement la forme de procédure.

(5) Drumann, 2, 323. *St. R.*, 2, 493, n. 1. 3, 356, n. 2 [*Dr. publ.*, 4, 186. n. 6. 6, 1, 408, n. 2].

(6) Cicéron, *De har. resp.*, 4, 7 (p. 194 n. 4). *Pro mil.*, 14, 36 (p. 191 n. 3) et ailleurs.

(7) Cicéron, *Phil.*, 1, 9, 21.

(8) Dans la *laudatio* d'Auguste, que Dion (56, 40) met dans la bouche de Tibère, il est dit : ἔκ τε τοῦ δήμου τὸ δύσκριτον ἐν ταῖς διαγνώσεσιν ἐς τὴν τῶν δικαστηρίων ἀκρίβειαν μεταστήσας τό τε ἀξίωμα τῶν ἀρχαιρεσιῶν αὐτῷ ἐτήρησε.

(175) SECTION IV

L'ACTION DÉLICTUELLE PRIVÉE

La procédure civile à propos du délit privé.

L'*imperium* romain comprend au point de vue du droit pénal la procédure pénale publique et la procédure pénale privée: la première s'applique en cas de tort causé à la communauté et s'accomplit dans la forme de l'inquisition; la seconde a lieu en cas de tort causé à un particulier et est une procédure de transaction entre la victime et l'auteur du tort sous l'arbitrage du magistrat. Comme l'action délictuelle privée est soumise aux mêmes règles fondamentales que l'action privée non délictuelle, nous pouvons renvoyer ici d'une manière générale à la procédure civile et nous n'avons à exposer spécialement dans cette Section que ce qui est propre à expliquer et à mieux faire connaître la forme plus récente du procès pénal public issue de l'action délictuelle privée, c'est-à-dire la procédure des *quaestiones*.

La procédure pénale publique et la procédure délictuelle de transaction ont été administrées par la même autorité jusqu'en 387/367 ; cette dernière procédure était en effet, comme

(1) L'idée de compromis n'est pas à vrai dire, étrangère à l'action privée non délictuelle — la décision préalable sur la restitution dans le procès de propriété est de même nature que la décision préalable dans l'action pour vol et dommage causé à la chose d'autrui, — mais elle appartient surtout au procès délictuel privé. Toutefois dans les institutions de formation postérieure, notamment dans la procédure d'amende du droit civil, cette idée passe à l'arrière-plan.

la première, appliquée par les consuls et par les magistrats qui les représentaient à leur défaut ou en leur absence (p. 162). Ce fut seulement en l'année précitée qu'on organisa dans la magistrature supérieure un troisième poste, la préture, auquel fut confiée la procédure civile (1). Plus d'un siècle après, en (176)
512/242, ce préteur fut doté d'un collègue affecté également à l'administration de la justice dans la capitale de telle façon que l'un d'eux tranchât comme préteur urbain les procès entre Romains ou entre Romains et Latins et que l'autre, le préteur pérégrin, réglât tous les litiges dans lesquels l'une des parties ou toutes les deux n'avaient ni le droit de cité romaine ni la latinité (2). Il n'y a pas eu dans la ville de Rome d'autres détenteurs de l'*imperium* chargés de diriger comme magistrats des procès privés proprement dits (3). Les préteurs sont, en vertu de la constitution, chargés de la juridiction et régulièrement n'ont la coercition, comme nous l'avons déjà fait remarquer (p. 73), que dans la mesure où elle leur est nécessaire pour administrer la justice. Nous pouvons faire ici abstraction de la représentation des consuls absents, qui incombe notamment au préteur urbain, et de l'emploi fait exceptionnellement en matière militaire de ces magistrats affectés à la capitale.

L'institution du jury.

Les théoriciens du droit romain partent dans la procédure pénale privée comme dans la procédure pénale publique de l'idée du pouvoir illimité du magistrat (p. 29 et sv.) Ils ne conçoivent pas toutefois ce dernier de telle manière que l'inquisition et la répression publique se confondent avec l'instance transactionnelle et la peine privée, mais ils attribuent au roi Romulus et à ses premiers successeurs le pouvoir ou de prendre eux-mêmes en mains la direction de la procédure de transaction

---

(1) *St. R.*, 2, 193 [*Dr. publ.* 3, 231].

(2) *St. R.*, 2, 196. 3, 603 [*Dr. publ.*, 3, 225. 6, 2, 222]. La nomination obligatoire de jurés pour les procès dans lesquels l'une des parties ou toutes les deux n'avaient pas le droit de cité romaine et qui devaient être tranchés à Rome, a probablement été réglée alors par une loi.

(3) Nous montrerons plus loin que le *praetor repetundis* n'est pas autre chose au début qu'un préteur civil avec compétence spéciale.

ou, s'ils le préfèrent, de se faire remplacer par un représentant librement choisi (1). Mais la même tendance démocratique, qui fit introduire la provocation obligatoire comme mesure restrictive dans le droit pénal public, se manifesta dans l'action délictuelle privée, comme d'une manière générale dans tout procès privé, par l'introduction de l'obligation de remettre la décision définitive à des jurés ; cette réforme est attribuée, comme nous l'avons déjà exposé (p. 4 n. 1), au roi Servius Tullius, le précurseur de l'organisation républicaine. Désormais, le magistrat indique la solution du procès au point de vue juridique, mais la condamnation y est soumise à la condi-
(177) tion d'un verdict qui doit être prononcé par le ou les jurés (2).

Formes de l'introduction d'action.

Pour l'introduction de la procédure *in jure* devant le préteur on applique aux procès délictuels les règles générales : il est incontestable qu'au début on a ordinairement employé pour eux la forme du *sacramentum* ; à côté d'elle, on rencontre comme forme de procédure plus rigoureuse la *manus injectio* possible ici comme pour l'exécution d'un jugement (3). Plus

---

(1) L'*imperium* du préteur apparaît clairement dans la rédaction de l'action d'amende donnée par la loi de Bantia, l. 10 : *p*(*raetor*)... *jubeto eum, sei ita pariat, condumnari* et de même il est souvent question ailleurs du *judicare jubere cogere* (par ex., dans la loi Rubria, 1, 17). Lorsque dans la formule habituelle le magistrat dit aux jurés : *si* (*tibi*) *paret, condemna*, il y a là une tournure plus courtoise qu'exacte. Il serait plus juste de dire : *si* (*tibi*) *paret, ego condemno*, car c'est lui qui a l'*imperium* juridictionnel sur lequel repose tout jugement.

(2) Gaius, 4, 13 : *sacramenti actio generalis erat*. Nous n'avons aucune preuve de l'application de cette forme à une action délictuelle ; l'action de *repetundae* qui s'intentait dans cette forme et dont on traitera dans la Section suivante n'est pas une action délictuelle, mais une *condictio*.

(3) Celle-ci apparaît dans la loi sur le bois sacré de Luceria (p. 182, n. 2) en cas de violation des lieux saints : *sei quis arvorsu hac faxit*, [*in*] *jum* [Girard : *ceivium*] *quis volet pro joudicatod n. L* (transmis I) *manum injectio estod*, à la suite de quoi vient à titre d'alternative l'invitation à la *multae irrogatio*. De même dans la loi osque de Bantia, l. 24. — Dans la *quadruplatio* qui sera mentionnée plus loin (p. 208, n. 1) cette procédure rigoureuse de la *manus injectio* paraît avoir existé d'après les textes de Plaute rapportés à cet endroit. — La *lex coloniae Genetivae* prescrit encore la même action (*judicati jure manus injectio esto*) dans un procès qui ne peut être déterminé d'une manière plus précise, mais qui est évidemment intenté pour la communauté.

tard la *formula* prétorienne a pris la place de la *legis actio* prétorienne.

Judex. arbitri recuperatores.

Le mandat de rendre le verdict s'adresse d'après le droit originaire à un seul homme choisi par le magistrat, le *judex unus* (1), qui exécute ordinairement sa mission avec le concours d'un *consilium*. Toute l'administration de la justice remontant à l'organisation de la *domus*, la plus ancienne procédure par jurés ne connaît pas non plus de décision prise d'après la majorité. Mais les XII Tables admettent déjà à côté de cette procédure une autre forme de procès organisée comme l'ancienne, le procès devant trois arbitres ; sont également
très anciens les *recuperatores*, juges du même genre que les (178)
précédents et fonctionnant toujours en collège (2). Il n'y a pas de différence de rang entre les jurés et les récupérateurs ; la fonction de juré appartient de plein droit au sénateur et le magistrat donne le *judex* aux parties en le prenant dans la liste des sénateurs qui sert en même temps de liste des jurés (3),

---

(1) Dans un langage correct on oppose le *judex*, juré unique, aux *recuperatores*, collége de jurés. Plaute connaît bien le *judex*, mais non pas les *judices;* il emploie *judicium* une seule fois, *Pseud.* 14, et ne le fait même qu'à propos du tribunal des dieux. Dans *Men.*, 587, la vieille rédaction : *aut ad populum* (action pénale publique) *aut in jure* (action civile) *aut apud aedilem* (police) *res est* est correcte, la forme plus récente : *aut apud judicem res est* est erronée en ce qu'elle place maladroitement à côté l'un de l'autre les deux actes de la procédure civile : le *jus* et le *judicium*. Térence, qui subit si fortement l'influence grecque, emploie *judices* au pluriel (*Phorm.*, 129. 275. 282. 400) ; il dit même (*Phorm.*, 403) dans une forme qui n'est nullement romaine non pas *magistratus judicem dantes*. mais *magistratus judicium reddentes*.

(2) Le point de savoir s'il y a une différence effective entre les *arbitri* des XII Tables et les *recuperatores* ne peut être tranché. Les premiers, « ceux qui s'approchent » peuvent bien avoir été surtout employés lorsqu'un examen oculaire était nécessaire; ceux-ci, les récupérateurs, fonctionnent sans doute au début dans les procès délictuels. Les deux institutions doivent probablement leur origine à la nomination d'un représentant pour chaque partie et d'un tiers arbitre.

(3) Polybe, 6, 17 : τὸ δὲ μέγιστον, ἐκ ταύτης (du Sénat) ἀποδίδονται κριταὶ τῶν πλείστων καὶ τῶν δημοσίων καὶ τῶν ἰδιωτικῶν συναλλαγμάτων, ὅσα μέγεθος ἔχει τῶν ἐγκλημάτων, ce qui s'applique évidemment aux contrats privés comme aux délits privés. Ce privilège du Sénat, qui ne remonte peut-être pas aux premiers temps mais existe certainement à l'époque historique, n'appartient pas à proprement parler au droit pénal mais au droit

il choisit librement les récupérateurs (1) et, lorsqu'on trouve une liste de ces derniers, elle a toujours été constituée arbitrairement par le magistrat (2). Lorsque la loi n'impose pas une des deux formes de tribunaux, le magistrat qui dirige les débats a le choix entre elles (3) et c'est ainsi que l'on rencontre le *judex unus* même dans les actions délictuelles (4); mais la procédure
(179) des récupérateurs, indiquée comme plus rapide (5) et plus

---

en général et ne peut pour cette raison être traité en détail à cet endroit. Il a d'ailleurs été exposé en ce qui concerne le droit public dans *Staatsrecht* 1, 186 et sv. 2, 228 et sv. 582 et sv. 3. 527 et sv. 897 et sv. [*Dr. publ.*, 1, 212 et sv. 3, 262 et sv. 4, 288 et sv. 6, 2, 131 et sv. 7, p. 73 et sv.] et nous aurons à y revenir dans la prochaine Section à propos du jury présidé par un magistrat. Il ne s'agit d'ailleurs là que de la nomination du juré par le magistrat; il n'y a pas de doute que les parties pouvaient d'un commun accord se soumettre à un juré unique qui ne fut pas sénateur.

(1) Du moins nous ne savons rien de l'existence d'une liste qui eût réglé la nomination des récupérateurs dans la ville de Rome. Il va de soi que le Sénateur pouvait aussi être récupérateur ; pour les procès privés importants de 583/171, qui préparaient la procédure des *repetundae*, on nomma sur l'ordre du Sénat cinq récupérateurs *ex ordine senatorio* (Tite-Live, 43, 2, 3).

(2) L'existence d'une liste de récupérateurs est déjà vraisemblable en soi, elle est impliquée par les listes symétriques de jurés des gouverneurs de province (cpr la Section suivante), qui étaient sans doute faites sur le modèle des listes urbaines.

(3) Cicéron, *Verr.*, l. 3, 58, 135 : *coepit Scandilius recuperatores aut judicem postulare... recuperatores dicis* (Verrès) *te daturum.* A citer notamment en ce sens la formule *judicium judicem recuperatoresve* ou, avec la supression du terme général placé en tête, *judicia recuperationes*, qu'on rencontre dans la loi agraire de 643 (l. 30. 34. 35) comme dans la *lex Antonia de Termessibus* (2, 4 [Girard, p. 68, l. 14]) et dans la loi Rubria (2, 23) pour désigner l'établissement d'un tribunal dans une action privée. Dans la *lex Julia municipalis* l. 44, 45, on trouve de même *judex judiciumve*, où cette dernière expression générale désigne tout jury qui n'est pas formé par un *unus judex*, notamment le *judicium recuperatorium.*

(4) Dans la formule pour l'action de vol Gaius 4, 37, emploie le mot *judex* à propos de l'action d'injures. La *Rhet. ad Her.* (2, 13, 19) et Gaius (3, 224) parlent de *judex*, Cicéron (*De Inv.*, 2, 20, 60) et Aulu Gelle (20, 1, 13) de récupérateurs.

(5) M. Lucullus prescrivait, pour l'action *vi bonorum raptorum* qu'il introduisait, la nomination de récupérateurs, *ut quam primum res judicaretur* (Cicéron, *Pro Tullio*, 10. cpr. 41). Loi agraire de 643, l. 37. Cicéron, *Verr.*, l. 1, 60, 156 : *tribus horis*. Pline, *Ep.*, 3, 20, 9. Mais le tirage au sort et la récusation avaient également lieu dans les procès renvoyés à des récupérateurs.

souvent prescrite expressément dans les actions pénales intentées pour la communauté (1), a eu vraisemblablement la prépondérance en matière de procès délictuel et a sans doute provoqué l'emploi courant de « condamnation » pour désigner le jugement (2). — En dehors du juré unique et des récupérateurs, toujours nommés pour chaque cas particulier, il y a vraisemblablement eu aussi des collèges qui ont exercé la fonction de jurés pour certains délits. De même que les procès de liberté ne sont pas portés à des jurés, mais tranchés par les décemvirs, nommés conformément aux règles de l'annuité

(180) Tribunal des triumvirs.

(1) La loi de Bantia, l. 9 [Girard, 2. l. 8], parle à cet égard de récupérateurs sans mentionner le *judex*. L'édit de Venafrum l. 65 [Girard, p. 173, l. 6] ordonne pour la peine encourue à l'occasion du dommage causé à des aqueducs un *judicium reciperatorium*. La formule extraite de l'édit, rapportée par Probus (*Not. Jur.* dans les *Gramm. Lat.*, 4, 214 [Girard, *Textes* [3], *Fragments de Probus*, 5, 8]), et qui d'après les derniers mots appartient certainement à notre matière, est ainsi conçue : *quanti ea res erit, tantae pecuniae judicium recuperatorium dabo testibusque publice dumtaxat decem denuntiandi potestatem faciam*. Dans la *lex Julia Agraria*, c. 55 (Bruns, p. 97) [Girard, p. 70] on trouve à vrai dire dans deux clauses parallèles, d'abord *juris dictio reciperatorumque datio addictio esto*, puis *juris dictio judicisque datio addictio esto;* mais il est vraisemblable que dans le second passage le texte est altéré. Dans les nombreuses actions d'amende établies par les droits municipaux espagnols la forme du tribunal n'est du reste pas déterminée ; mais dans la *lex coloniae Genetivae* l'ordonnance générale sur les récupérateurs se rapporte vraisemblablement à des actions de ce genre et c'est pour cela que l'interpolateur de la quatrième table (c. 125-132), qui est évidemment un homme compétent, ajoute à propos de chaque action pénale les mots *reciperatorio judicio*. Dans la phrase finale du c. 95 : *quasi si neque judices relecti* (ainsi) *neque reciperatores in eam rem dati essent* le mot *judices* est sans doute interpolé ; car, si on avait songé au *judex*, on n'eût pas employé le pluriel. Enfin la procédure rapide ordonnée dans ce cas réclame un tribunal de récupérateurs (p. 214 n. 1)

(2) *Damnare* ne tombe pas complètement en désuétude et se trouve même dans Plaute pour le tribunal des récupérateurs (*Bacch.* 271. *Rud.* 1282 ; par contre *condemnare: Most.*, 1099) ; la prépondérance de *condemnare*, due peut être aussi à l'influence concordante du tribunal populaire, se montre tant dans les lois (loi de Bantia, l. 10, *lex Julia Municipalis*, l. 110-112) que dans la mention *a*(*bsolvo*) *c*(*ondemno*) prescrite par la loi sur les *repetundae*, l. 54 pour la tablette de vote, tandis que dans le tribunal du peuple on vote par *l*(*ibero*) *d*(*amno*) (p. 197, n. 3), mais elle se révèle surtout dans l'emploi constant du mot dans la formule *si paret, condemna*, même à côté de *judex esto* (par exemple dans les formules de la loi Rubria).

des magistratures, et de même qu'on trouvait un organisme analogue pour les procès d'hérédité dans le tribunal des centumvirs, il semble que dans la procédure délictuelle du milieu de la République la perception d'intérêts usuraires, frappée de la peine du quadruple, ait été après l'organisation de l'action par le préteur, soumise à la décision des triumvirs capitaux institués vers 465/289. Il est possible que cette procédure ait été étendue à d'autres délits analogues (1).

Judicium publicum.

Pour suivre le développement postérieur du droit criminel romain il faut surtout considérer le *judicium publicum*, procès pénal intenté dans l'intérêt spécial de la communauté devant le préteur civil et suivant des formes empruntées au droit civil, mais aggravées (2). Il n'y a pas à tenir compte ici des réclamations juridiques qui surgissent à raison de l'administration du patrimoine de la communauté, des impôts, des prestations et des contrats de la communauté. Les conflits qui surgissent dans ce dernier ordre d'idées sont réglés par les magistrats intéréssés, notamment par les censeurs et leurs re-

---

(1) *St. R.*, 2, 598 [*Dr. publ.*, 4, 306]. Dans Plaute, *Pers.*, 70, on propose une loi : *ubi quadruplator quempiam injexit manum, tantidem ille illi rursus iniciat manum, ut aequa parti prodeant ad tris viros*. L'innovation est l'action contraire de celui qui est accusé d'usure; mais la procédure *in jure*, la *manus injectio* pour la somme due à titre de peine, est ici comme dans la loi de Luceria (p. 204 n. 3) nettement distinguée du *judicium* des triumvirs. De même dans *Truc.*, 762, la menace de la *multae inrogatio* (p. 182, n. 2) est suivie de celle de l'action privée de *manus injectio : post id ego te manum iniciam quadrupuli, venefica, suppostrix puerum*. Par conséquent le *judicare* du procès privé apparaît aussi dans la compétence confirmée aux triumvirs par la loi Papiria (Festus, p. 347, *sacramento*). — D'après les allusions faites chez Plaute, les triumvirs prononceraient sur toutes les *quadruplationes;* la perception d'intérets usuraires mise à part, nous ne pouvons pas dire quelles affaires rentraient dans cette catégorie.

(2) *Judicium publicum* est, comme dit Cicéron (*Verr.*, l. 1, 42, 108 : *sancitur... ut... quaestio ad populum pertineat*), un procès qui intéresse le peuple d'une manière notable, tandis qu'on appelle *judicium populi* le procès qui doit être tranché par le peuple. Le *poplicum judicium* de la table de Bantia, l. 2 [Girard, 1, l. 2] dans lequel il est interdit aux personnes exclues du Sénat de voter, est précisément celui dont on s'occupe ici. Le tribunal tenu par le peuple s'appelle toujours *judicium populi* (p. 185 n. 6); seul Tite-Live, 2, 41, 12 : *sive illud domesticum sive publicum fuit judicium*, abandonne, en vue de l'antithèse spéciale qu'il veut établir (cpr. p. 17, n. 1, où ce texte doit être ajouté) la terminologie technique.

présentants (1) et par les questeurs (2) et si le réglement de ces (181)
questions constitue en fait un acte de juridiction, ces autorités sont privées de l'*imperium* juridictionnel et les débats qui se produisent devant elles n'appartiennent pas au droit privé (3). De même, on ne vise pas sous le nom de *judicium publicum* l'action civile qui sert à faire valoir les droits de la communauté, par exemple les actions à raison d'un préjudice causé aux voies terrestres et fluviales publiques et autres actions du même genre intentées pour la communauté (4) ; on fait en principe valoir ces droits comme tous les autres. Il est difficile que l'ancien droit privé ait eu la moindre connaissance de la notion d'action civile privilégiée sanctionnant un intérêt public. Par contre, au cours des siècles postérieurs de la République, plusieurs lois spéciales frappant certains délits d'amendes pécuniaires au profit de la communauté y ont, d'une part, mis cette restriction que la question de savoir si l'acte a été commis et l'amende encourue ne serait pas tranchée par les administrateurs du patrimoine de la communauté, mais par le tribunal civil comme s'il s'agissait de dettes d'argent, de telle façon que les amendes ne pussent être perçues par les autorités administratives qu'après le verdict de ce tribunal (5), et ont, d'autre part, attribué dans ces actions d'amende une situation privilégiée au demandeur. Cette procédure a été ensuite étendue à quelques actions civiles qui ne sont pas intentées au profit de la communauté, notamment à celle pour perception d'in-

(1) *St. R.*, 2, 461 et sv. [*Dr. Publ.*, 4, p. 151 et sv.]

(2) *St. R.*, 2, 549. [*Dr. Publ.*, 4, 249 et 250.]

(3) A l'époque impériale on rencontre quelques dérogations à ces principes. C'est ainsi que d'après une loi d'Auguste l'action d'amende, en cas de dégradation d'aqueducs, est portée devant le *curator aquarum* qui a hérité à cet égard des fonctions du censeur. Mais cette procédure est isolée. De même, on voit se produire à l'époque impériale des empiétements d'organes judiciaires non pas, il est vrai, dans l'administration de la caisse d'État, mais dans les litiges entre les particuliers et le fisc impérial (*St. R.*, 2, 226 [*Dr. publ.*, 3, 259]).

(4) Par exemple, en cas de revendication d'une parcelle de terrain sacré occupée à tort par un particulier (Caelius, *ad fam.*, 8, 12, 3).

(5) Nous en traitons au livre V à propos des amendes.

térêts usuraires (1) et à l'action de la loi Plaetoria pour tromperie commise contre un mineur de vingt cinq ans (2), en tant que la communauté est considérée comme intéressée dans
(182) ces procès. — Comme terme corrélatif de *judicium privatum*, le *judicium publicum* est aussi une action civile et même, suivant l'exposé que nous ferons dans la prochaine Section, lorsque le droit criminel postérieur eut dégagé des *judicia publica* la procédure du jury sous la présidence d'un magistrat, les actions privilégiées portées devant le préteur civil ne furent pas exclues de cette catégorie (3).

Privilèges du *judicium publicum*.

Les privilèges des *judicia publica* (4), actions principa-

(1) L'action d'usure n'est pas désignée expressément comme *judicium publicum*, mais des criteriums de cette forme de *judicium* indiqués plus loin il y en a du moins un, la représentation légale, qui se trouve justifié pour elle et les autres peuvent aussi lui être appliqués sans inconvénient.

(2) *Judicium publicum rei privatae*, tel est le nom donné par Cicéron, *De n. d.*, 3, 15, 61, à l'action de la *lex Plaetoria* (c'est ainsi que cette loi est appelée dans la *lex Julia municipalis*, l. 112, tandis que les auteurs juridiques ou non, suivant les manuscrits, l'appellent généralement *lex Laetoria*). C'est la *lex quina vicennaria* de Plaute (*Pseud.*, 363, cpr. *Rud.*, 1380 : *cedo quicum habeam judicem, ni dolo malo instipulatus sis nive etiamdum* [*haud*] *siem quinque et viginti annos natus*). Elle est dirigée contre la *circumscriptio adulescentium* (Cicéron, *De off.*, 3, 15, 61), mais ne peut pas, étant donné que Plaute la connaît déjà, être comptée parmi les *quaestiones* de l'époque postérieure; il est vraisemblable que par là on donne à tout citoyen une action pour réclamer une indemnité et une peine en cas de lésion causée à un mineur. — La procédure tendant à la destitution du tuteur malhonnête, que tout citoyen peut intenter (*Dig.*, 26, 10, 1, 6) et qui est désignée comme *accusatio* (*Dig.*, 26, 10, 1, 5. 7) et *quasi publica actio*, est apparentée à la précédente, mais n'appartient pas à la même catégorie, puisqu'elle n'est pas une action civile en réclamation d'une amende pécuniaire.

(3) Cicéron. *Verr.*, l. 1, 60, 155 : *judicium in praetura* (la préture urbaine) *publicum exercuit* emploie cette désignation pour l'action d'amende intentée au profit de la communauté et Quintilien (p. 212 n. 1) définit le *judicium publicum* comme un procès (civil) dans lequel le demandeur a le droit d'exercer la contrainte vis-à-vis des témoins, ce qui a lieu d'une manière générale dans la procédure des *quaestiones*, mais se rencontre fréquemment aussi au profit du demandeur dans les actions pénales intentées pour la communauté.

(4) Toutes les actions civiles privilégiées ne peuvent pas être rangées sous la notion de *judicium publicum*. Pline, *Ep.*, 6, 33, oppose bien le *judicium centumvirale* au *judicium privatum*; mais le premier procès ne porte jamais le nom de *judicium publicum* et les criteriums de ce dernier indiqués plus loin, notamment la contrainte exercée vis-à-vis des témoins, ne se ren-

lement délictuelles, sont vraisemblablement établis pour chaque cas particulier et comportent par conséquent des divergences nombreuses (1) ; ils tendent tous à rapprocher l'action civile du procès pénal public. Ils réapparaissent dans la procédure criminelle récente, désignée également dans la langue technique sous le nom de *judicium publicum ;* ils ne sont envisagés ici qu'au point de vue des *judicia publica* qui, dans l'évolution du droit romain, précèdent la procédure criminelle plus jeune des *quaestiones* et qui, n'appartenant pas à cette dernière, ne peuvent être traités à son occasion.

1. Dans l'action civile délictuelle la faculté d'agir en justice (183)
appartient en principe à la victime seule. Cette action, lorsqu'elle est intentée dans l'intérêt de l'État, obéit nécessairement à ce point de vue aux règles de la procédure pénale publique. Nous reviendrons dans le Livre V sur le droit d'agir en justice que les lois particulières tantôt réservent aux magistrats, tantôt accordent librement à tout citoyen. L'action d'usure elle-même ne compète pas seulement au débiteur lésé, ainsi que le prouve la profession de *quadruplator*, et, il est au moins très vraisemblable qu'en cas de lésion du mineur de 25 ans le droit d'agir n'a pas été restreint au mineur lui-même.

2. Dans les actions civiles délictuelles le demandeur doit en principe procurer lui-même les moyens de preuve et notamment provoquer la comparution des témoins nécessaires ; le magistrat a au contraire dans la procédure pénale publique le droit de citation dans une mesure illimitée. On indique comme caractère distinctif du *judicium publicum* un moyen

---

contrent pas dans l'instance devant les centumvirs. Le procès d'hérédité est, comme la *quaestio* criminelle, dirigé par un magistrat depuis que le *praetor hastarius* est mis à la tête de cette procédure à côté des décemvirs *litibus judicandis*. Cpr. *St. R.*, 2, 225. 591. 608 [*Dr. publ.*, 3, 258. 4, 298. 318].

(1) La preuve que l'action d'amende pour la communauté, d'où est évidemment sortie l'institution juridique dont nous nous occupons ici, obéit dans son ensemble à des règles juridiques précises et qu'en somme le *judicium publicum* représente une forme positive d'action, nous est donnée par la *lex coloniae Genetivae*, lorsqu'elle réglemente d'une manière générale dans son c. 95 la procédure pour toutes les amendes de cette sorte qu'elle établit.

terme qui est la faculté pour le demandeur d'exercer la contrainte au témoignage jusqu'à un chiffre maximum fixé différemment par les lois particulières (1), et ce privilège se rencontre fréquemment dans les lois qui établissent des amendes pécuniaires en faveur de la communauté (2).

3. Dans les actions civiles délictuelles le demandeur n'a pas en principe le pouvoir de poser des questions au défendeur pendant les débats devant les jurés (3), de telle façon que la « question », la *quaestio*, qui est tant au point de vue du fond que de la terminologie le critérium de la procédure pénale publique ne se rencontre pas dans l'action privée; au contraire, le
(184) droit d'agir est, en cas d'amendes légalement établies au profit de la communauté, fréquemment, peut-être même régulièrement à l'époque antérieure, réservé au magistrat (4), auquel

(1) Quintilien, *Inst.*, 5, 7, 9 : *duo genera sunt testium, aut voluntariorum aut eorum quibus in judiciis publicis lege denuntiari solet, quorum altera pars utroque utitur, alterum accusatoribus tantum concessum est.*

(2) Probus dans la formule p. 207 n. 1. *Lex Julia agraria* c. 55 : *in eam rem is, qui h. l. judicium dederit, testibus publice, dumtaxat in res singulas X, denuntiandi potestatem facito.* Edit d'Auguste sur l'aqueduc de Venafrum, l. 67 [Girard, p. 173] : *testibus dumtaxat X denuntiand[o q]uaeri placet. Lex coloniae Genetivae*, c. 95. Les trois premiers textes fixent le chiffre des témoins à dix et le droit municipal espagnol à 20. Dans ce dernier texte on fait ressortir, ce qui du reste va de soi, que le tribunal devant lequel l'affaire est pendante ne peut citer que les personnes soumises à sa juridiction, donc seulement les *coloni incolaeve* de Genetiva.

(3) La formule de *legis actio* conservée par Probus (*Gramm. lat.* 4, p. 274) [Girard, *Textes* [3], p. 197, *Val. Prob.* 4, 5] : *si negat, sacramento quaerito*, dont nous ignorons le champ d'application, est bien le seul texte qui emploie *quaerere* à propos du demandeur ordinaire de droit privé. Mais elle concerne la procédure *in jure* et il est certain que le demandeur peut ici dans certaines circonstances poser des questions au défendeur par l'intermédiaire du magistrat qui préside.

(4) C'est ainsi que la loi latine de Bantia, l. 9 [Girard, 2, 7. 8) ordonne : *quei volet magistratus exsigito* et de même le *dicator* de la *lex luci Spoletini* (p. 40 n. 2) est bien un magistrat. De même, il est dit dans le droit municipal de Tarente, l. 4, à propos du péculat : *quanto ea res erit, quadruplum multae esto eamque pequniam municipio dare damnas esto ejusque pequniae magistratus queiquomque in municipio erit petitio exactioque esto.* Comme cette même loi, l. 34, permet à toute personne l'exercice de l'action pénale pour cause de démolition de constructions, mais pose ensuite certaines prescriptions pour l'emploi par le magistrat des sommes perçues ainsi à titre de peine, on peut en conclure que dans ce cas aussi on pense que l'initiative sera surtout prise par un magistrat. Le

cas il n'est pas possible que celui-ci n'ait pas eu le droit de poser des questions même devant les jurés. Par conséquent, en général et dans un langage rigoureux, la *quaestio*, c'est-à-dire la procédure pénale publique, est distinguée du *judicium publicum*, c'est-à-dire du procès privé privilégié (1) ; mais on désigne aussi comme *quaestiones* au moins les procédures pénales dans lesquelles un magistrat joue le rôle de demandeur privé (2). On n'affirme cependant pas par là que ce privilège de poser des questions a été étendu aux *judicia publica* dans lesquels le demandeur n'est pas magistrat, donc à l'action pénale pour la communauté lorsqu'elle est intentée par un particulier, à l'action d'usure et à l'action pour cause de lésion du mineur ; chaque *judicium publicum* repose sur une loi particulière et peut par suite participer aux privilèges du groupe dans une mesure plus ou moins large.

4. On rencontre aussi à d'autres points de vue des privilèges de procédure qui appartiennent peut-être à notre matière, comme l'établissement du tribunal sur la simple proposition (185)
du demandeur abstraction faite de toute *litis contestatio* (3)

---

droit municipal de Genetiva, c. 95, distingue dans les actions d'amende pour la communauté le défaut du demandeur magistrat et celui du demandeur simple particulier, mais permet ce dernier d'une manière générale. Cette action du magistrat devait conduire fréquemment, non pas il est vrai à Rome, mais dans les municipes, à ce résultat que le magistrat portait l'action devant sa propre juridiction, ce que le droit municipal de Genetiva prévoit expressément.

(1) D'après la loi sur les *repetundae*, l'exclusion du Sénat peut avoir lieu à raison d'une condamnation survenue tant dans la *quaestio* que dans le *judicium publicum* (p. 168 n. 3, p. 201 n. 1). La loi de Bantia, l. 2 [Girard, 1, 2] lie à l'exclusion du Sénat l'incapacité d'opiner dans un *poplico joudicio*.

(2) Cicéron, *Pro Cluentio* 33, 89, nomme *quaestio* le procès d'amende de Junius. La même expression est employée dans l'édit sur l'aqueduc de Venafrum (p. 212 n. 2). Dans le droit municipal de Genetiva, *is qui rem quaeret* (c. 95 = Tab. 3, col. 2, l. 6) est certainement le demandeur ; de même il est dit dans ce chapitre (= Tab. 3, col. 2, l. 35) : *quarum (rerum) h. l. quaestio erit* et dans le c. 96 : *quaeri judicarive*.

(3) D'après la règle posée dans le droit municipal de Genetiva, c. 95, c'est, semble-t-il, sur la proposition du demandeur (donc si le magistrat est lui-même le demandeur, de son propre mouvement) que le magistrat désigne les récupérateurs et fixe le jour pour lequel l'accusé est cité. S'il

et l'ordre donné aux jurés de rendre leur sentence à bref délai (1). A ces prescriptions s'applique à un degré encore plus élevé ce que nous avons déjà dit pour la contrainte au témoignage, à savoir qu'il s'agit ici de privilèges particuliers qui peuvent être accordés à une action isolée mais qui n'échoient pas d'une manière générale à toute la catégorie.

---

plait d'ajouter une hypothèse nouvelle à celles déjà existantes sur la *legis actio per judicis postulationem*, on peut profiter de l'occasion.

(1) *Lex coloniae Genetivae, loc. cit.* Le délai est ici de vingt jours.

SECTION V (186)

LE JURY AVEC PRÉSIDENCE D'UN MAGISTRAT

La procédure pénale ordinaire a lieu pendant la dernière période de la République et sous le Principat devant un jury présidé par un magistrat revêtu de l'*imperium*. Elle est issue de la combinaison de deux formes plus anciennes de procédure pénale : la procédure inquisitoriale du magistrat avec exclusion des rôles de demandeur et de défendeur et la procédure délictuelle privée devant des jurés avec limitation de la coopération du magistrat à l'organisation formelle du procès ; mais elle est certainement une création nouvelle, car elle unit en les transformant les règles préexistantes des deux procédures. Nous devons tout d'abord examiner la terminologie usitée pour cette forme de procédure; la survivance de l'ancien état de choses s'y manifeste plus clairement que les changements. La procédure pénale postérieure.

Cette procédure est désignée tantôt comme *judicium publicum*, tantôt comme *quaestio*, tantôt comme *accusatio*; toutes ces expressions indifféremment employées et en substance synonymes sont empruntées au caractère procédural de l'instance.

Le *judicium publicum* est, comme nous l'avons exposé dans la Section précédente, le procès intenté suivant les formes du droit civil dans l'intérêt de la communauté et privilégié pour ce motif à plusieurs égards. Cette notion embrasse tous les jurys qui fonctionnent sous la présidence *Judicium publicum.*

d'un magistrat, mais elle comprend aussi, comme nous l'avons précisément montré plus haut (p. 207 et sv.), d'autres jurys, qui ne sont pas présidés de cette manière et l'expression est encore employée plusieurs fois par Cicéron dans ce sens large. Cependant dès cette époque l'expression de *judicium pu-*
(187) *blicum* paraît usitée de préférence pour les jurys de la première catégorie (1) ; dans le développement postérieur du droit romain l'emploi du mot dans ce sens restreint est indubitable et est devenu technique et officiel. Il suffit pour cela de rappeler les *leges Juliae judiciariae* relatives aux *judicia publica* et aux *judicia privata* (p. 148 et sv.)et les ouvrages juridiques *de judiciis publicis* dont il sera parlé dans l'introduction du Livre IV.

Quaestio. Il en est de même pour le mot *quaestio* (2). Le terme « question » indique la direction du procès par le magistrat. Cette désignation convient par conséquent aux jurys présidés par un magistrat, mais elle ne leur est pas réservée : elle s'applique aussi et surtout aux procédures pénales publiques qui ressortent exclusivement du magistrat ou qui ressortent du magistrat et des comices (p. 168 n. 3) et en outre aux procès civils qui n'ont pas lieu sous la direction d'un magistrat, mais dans lesquels celui-ci a le droit de poser des questions (p. 213 n. 2). Peu à peu *l'anquisitio* de la procédure des magistrats et des comices disparaît (p. 189 et sv.) et dans la pro-

---

(1) Lorsque la loi de Sylla sur le meurtre assimile à un meurtrier celui qui par un complot a provoqué une condamnation *judicio publico* (Cicéron, *Pro Cluentio*, 54, 148 ; *Dig.*, 48, 8, 1, *pr.*), il n'est guère possible de donner à cette expression son sens large et ancien, car dans cette conception le mot *judicia publica* ne désigne en grande partie que des instances d'importance secondaire. La même remarque s'applique aux autres lois et sénatus-consultes de cette époque (Cicéron, *Pro Cluentio*, 49, 136 ; *lex Julia municipalis* l. 117. 119). Le mot *judicium publicum* est employé comme antithèse au procès relevant du magistrat et des comices dans Cicéron, *Pro Rab. ad pop.*, 4, 16. Il n'est pas nécessaire d'apporter des preuves de l'époque postérieure.

(2) On trouve *quaestio publica* (Cicéron, *Pro Caec.*, 10, 29 ; Pomponius, *Dig.*, 1, 2, 2, 32) mais peu fréquemment, car la notion d'intervention du magistrat a été de tout temps contenue dans le mot « question », de telle façon qu'il n'y a pas de *quaestio* sans intervention de magistrat.

cédure relevant exclusivement du magistrat le terme *quaestio* est supplanté dans l'usage par *cognitio* (p. 169 n. 1) ; quant aux procès sans présidence du magistrat, mais avec le droit pour celui-ci de poser des questions, ils ont en somme peu d'importance. C'est ainsi que *quaestio* devient — à côté de *quaerere* et de *quaesitor* — la seconde expression technique pour désigner l'activité du magistrat qui préside le jury (1) et correspond complètement dans l'usage à *judicium publicum* (2). (188)
Dans la littérature juridique postérieure le mot tombe en désuétude (3), probablement parce qu'il avait surtout servi à désigner la présidence de chaque cour particulière de justice et parce que, à l'époque à laquelle appartiennent principalement les fragments de cette littérature qui sont parvenus jusqu'à nous, ces cours judiciaires spéciales étaient en train de disparaître ou étaient déjà disparues (4).

Il en est autrement du terme *accusatio*. *Accusare* est dérivé *Accusatio.*

---

(1) La loi sur les *repetundae* dit continuellement du magistrat qui préside : *praetoris quaestio esto* ; le président quasi-magistrat s'appelle *quaesitor* ou *judex quaestionis*. En outre, Cicéron, *Pro Cluentio*, 53, 147 : *quid ergo? haec quaestio* (*inter sicarios*) *sola ita gubernatur? quid M. Plaetorii et C. Flaminii inter sicarios? quid C. Orchivii peculatus? quid mea de pecuniis repetundis? quid C. Aquilii, apud quem nunc de ambitu causa dicitur? quid reliquae quaestiones?* De même *Pro Mur.*, 20, 42, où ce mot alterne avec *sors* ; *Pro Balbo*, 21, 48. 28, 65 : *omnium peccatorum quaestiones* ; *Pro Mil.*, 5, 13 ; *Phil.*, 1, 9, 22 et ailleurs. — Ce terme de *quaestio* ne convient pas au regard des jurés, quoique l'expression *rem quaerere* de la loi sur les *repetundae* l. 42. 43. 45. paraisse s'appliquer à eux ; dans des formules comme *Pro Cael.*, 29, 70 : *de vi quaeritis* le mot se rapporte au tribunal tout entier.

(2) Cicéron, *Pro Arch.*, 2, 3 : *in quaestione legitima et in judicio publico*. Cpr. *Pro Balbo*, 14, 32.

(3) Ulpien l'emploie *Coll.*, 14, 3, 3 : *procurator... legis Juliae de adulteriis coercendis constitutione imp. Antonini quaestionem accepit.*

(4) Au point de vue philologique on peut comparer *clausus* et *clusus*. Le terme *causa* lui-même, provenant vraisemblablement de *cavere*, désigne ce qui provoque, ce qui cause et a à peu près autant de significations que *res*. Ce mot est, comme *res*, fréquemment appliqué au procès, tantôt d'une manière générale, comme dans la formule technique *causam novisse*, c'est-à-dire dans la déclaration des jurés qu'ils sont suffisamment informés pour le vote, tantôt d'une manière spéciale pour la défense, comme dans *causam dicere*, *indicta causa*, *causidicus*. Rien ne montre qu'il s'applique spécialement à une catégorie particulière de procès et qu'il ait une valeur technique générale.

d'un mot aux sens multiples, de *causa*, c'est-à-dire de la cause et par conséquent aussi de la charge imposée. Il désigne dans la vieille langue, comme *incusare*, l'accusation, tandis que par opposition *excusare* signifie l'excuse. Il est surtout usité au sens moral. Dans l'ancienne Rome, il n'est pas une expression juridique et, chez Plaute et Térence qui l'emploient fréquemment, il ne se rapporte jamais à la procédure. Il n'est jamais appliqué en principe au demandeur dans le procès privé, parce que celui-ci ne fait pas nécessairement à son adversaire un reproche moral et même, en cas d'exercice d'une action fondée sur un délit privé, il arrive fréquemment que le délit ne soit pas imputé au défendeur personnellement (1). Dans la procédure inquisitoriale des magistrats et des comices, le terme ne convient pas à la première instance, parce que le magistrat n'y arrive pas, ou du moins ne doit pas y arriver, avec la conviction de la culpabilité de l'accusé; mais il est l'expression propre et usuelle pour désigner l'entrée en scène de l'inquisiteur devant les comices après que ce dernier a établi la faute (p. 189 n. 1). Dans la procédure du jury présidé par un magistrat, qui, à l'égal de la procédure du magistrat et des comices, repose sur le fondement moral du droit pénal,
(189) l'action comprend nécessairement l'imputation d'une charge morale et est à ce titre une accusation, *accusatio*. Ce mot n'a certainement pas acquis de valeur technique comme *judicium publicum* et *quaestio*; il est déjà dans les résolutions du peuple appliqué au *judicium publicum* (2) qui est toujours aussi une *accusatio*, mais, même dans le langage juridique, il n'est pas usité exclusivement dans ce sens; il est également employé pour d'autres fautes également reconnues par la morale, comme

(1) Lorsque dans un cas particulier l'action privée renferme en elle-même l'affirmation d'une faute morale, ainsi que cela a lieu dans l'action mentionnée par Tite-Live, 43, 2, et qu'il faut considérer au point de vue juridique comme une *condictio*, l'emploi du mot n'a rien de surprenant.

(2) *Lex Julia municipalis*, l. 120 : *quemve calumniae praevaricationis caussa accusasse fecisseve quod judicatum erit. Dig.*, 47, 15, 3, 1.

dans le procès de *multa* (1), dans la plainte d'inofficiosité (2), dans la demande de destitution du tuteur infidèle (3). Le terme *accusatio* a aussi une portée plus large que *judicium publicum* ; la procédure extraordinaire, opposée au *judicium publicum* des lois pénales, est également une procédure accusatoire, en tant qu'elle exige ou admet l'intervention de parties (4). — Cette expression n'a pas en principe un mauvais sens, comme cela arrive fréquemment pour le terme *delator* qui a cependant au fond la même signification et dont il sera parlé au Livre suivant (5).

Si le terme *accusator* appartient au moins principalement à la procédure pénale, celle-ci ne possède pas d'expression correspondante pour désigner le défenseur. D'après son étymologie, le mot *reus*, étant donné que le terme *res*, comme en allemand l'expression *Sache*, est employé d'une manière particulièrement fréquente pour désigner le procès, s'applique au simple particulier plaideur quelle que soit la forme du

Reus.

(190)

---

(1) Cicéron, *Pro Cluentio*, 34, 93. 37, 103. *Brut.*, 34, 134. Sénatus-consulte chez Frontin, *De aquis*, 127.

(2) Ulpien, *Dig.*, 5, 3, 6 et ailleurs. L'accusation morale n'est pas dirigée ici contre les défendeurs, mais contre celui à la succession duquel ils sont appelés.

(3) *Dig.*, 26, 10, 1, 5. 7 et ailleurs.

(4) *Dig.*, 47, 1, 3. *tit.*, 2, 93. *tit.* 11, 3. 7.

(5) Les *accusatores* sont désignés comme un mal nécessaire (Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 20, 55. 56 : *accusatores multos esse in civitate utile est... nocens, nisi accusatus fuerit, condemnari non potest*) et comparés à des chiens de garde (Cicéron, *Pro Sex Roscio*, 20, 56 ; *Verr.*, 3, 11, 28 ; Sénèque, *Consol. ad Marc.*, 22, 5 ; Columelle, 1, *praef.* 9). Ce n'était pas précisément pour un homme de marque le moyen de devenir populaire que de s'occuper spécialement d'accusations politiques, comme le fit Caton l'Ancien et vers le milieu du VIIe siècle M. Brutus, surnommé pour cela *accusator* (Cicéron, *De off.*, 2, 14, 50. *De orat.*, 2, 54, 220 et sv. *Brut.* 34, 130 ; éloquemment blâmé par Cicéron *De orat.*, 2, 55, 226 à cause de son *turpissimum genus calumniae*). On traite avec mépris les personnes n'appartenant pas à l'aristocratie qui font des accusations de délits de droit commun sinon une profession, du moins une affaire : l'*accusator de plebe* L. Caesulenus (Cicéron, *Brut.*, 34, 131) et à l'époque de Cicéron, Sex. Pola (Caelius, *ad fam.*, 8, 12, 3 ; *ad Q fr.*, 2, 11, 2) et plus encore les flâneurs (*moratores*, Cicéron, *Divin. in Caec.*, 15, 49) qui rôdent autour du tribunal (*ab subselliis, loc. cit.* 15, 48) et s'accrochent avec empressement à tout plaideur (*de populo subscriptor, loc. cit.*, 16, 50).

procès et quel que soit le rôle du plaideur. (1). L'expression a cessé de bonne heure d'être usitée pour désigner le demandeur et régulièrement *reus* se dit du défendeur, sans qu'on fasse aucune distinction, du moins dans la langue juridique, entre le procès civil et le procès criminel (2).

Introduction des *quaestiones* par des lois spéciales.

L'institution du jury présidé par un magistrat, supposant nécessairement pour son existence une modification de la compétence légale des magistrats existants ou l'établisement de nouveaux magistrats, repose toujours sur un vote du peuple. Mais elle n'a pas été créée par une loi générale de procédure. Elle a été introduite vingt ans avant l'apparition des Gracques par L. Calpurnius Pison, surnommé l'honnête, *frugi*, consul en 621/133, censeur en 634/120, connu aussi au point de vue littéraire comme historien, un des meilleurs citoyens de Rome, adversaire résolu tout à la fois de la corruption aristocratique et des excès de la démocratie (3). Il a, lors de sa première apparition dans la vie publique comme tribun de la plèbe en 605, créé par plébiscite cette nouvelle forme de procédure dont il faisait alors l'application aux poursuites pour exactions commises par des magistrats (4). Celle-ci a été ensuite étendue

(1) Cicéron, *De or.*, 2, 43, 183 : *reos appello non eos modo qui arguuntur, sed omnes, quorum de re disceptatur; sic enim olim loquebantur.* Festus, p. 289, *v. reus.*

(2) Dans le langage juridique même de l'époque récente, *reus* est employé constamment non seulement pour le défendeur des procès criminels, mais aussi pour celui des procès civils. Chez les auteurs non juridiques, par contre, ce mot n'est usité que pour les procès criminels (Quintilien, 6, 1, 36); cela vient seulement de ce que les rhéteurs tiennent peu compte de la procédure civile.

(3) N'ayant pas employé tous les deniers qui lui avaient été assignés pour l'achat de céréales il rendit à l'*aerarium* ce qui lui restait (Cicéron, *Verr.*, l. 3, 84, 195).

(4) Cicéron, *Brut.*, 27, 106 : *quaestiones perpetuae... constitutae sunt, quae antea nullae fuerunt; L. enim Piso tr. pl. legem primus de pecuniis repetundis Censorino et Manilio cos. tulit.* Autres citations dans le Livre IV à propos des *repetundae*. — Il faut naturellement laisser indécise la question de savoir dans quelle mesure cette première loi correspondait déjà au *judicium publicum* que nous connaissons, notamment sur quels points elle s'écartait de la loi sur les *repetundae* du temps des Gracques dont la partie essentielle nous est parvenue et qui, la première, nous donne un tableau précis du procès devant les jurys présidés par un magistrat.

par d'autres lois spéciales et avec maintes divergences de détail à une série d'autres délits. L'État romain n'a pas eu de code pénal, mais on peut attribuer à Sylla le mérite d'avoir groupé un certain nombre de délits réprimables par voie de *quaestio* (1), et plus tard, à la suite des compléments apportés à cette œu- (191)
vre par la loi de Pompée sur le *parricidium* et par celle d'Auguste sur l'adultère, le domaine d'intervention des jurys avec présidence d'un magistrat a été clos une fois pour toutes, de telle façon que les délits rentrant dans leur compétence ont désormais reçu une dénomination fixe et purent être individuellement énumérés. Ce domaine a été définitivement délimité par la loi Julia sur la procédure criminelle, c'est-à-dire par la *lex Julia judiciorum publicorum* (2) (p. 148 et sv.). En ce sens, le *judicium publicum* est considéré comme reposant sur une loi, non pas à vrai dire dans cette acception générale qui conviendrait à toute procédure juridique, mais il est regardé comme se fondant sur une résolution du peuple prise spécialement en vue d'un délit déterminé, c'est-à-dire, d'après la terminologie technique originairement usitée, comme tombant dans la compétence du préteur qui *ex lege illa quaerit* (3). L'extension de

---

Mais l'élément principal de cette institution, précisément la combinaison de la direction du magistrat avec la procédure du jury, est indubitablement l'œuvre de Pison.

(1) Pomponius, *Dig.*, 1, 2, 2, 32 : *Cornelius Sulla quaestiones publicas constituit, veluti de falso, de parricidio* (inexact), *de sicariis et praetores quattuor adjecit.*

(2) Macer, *Dig.*, 47, 15, 3, 3 : *judicium publicum non est* (à cause de l'abandon coupable de l'accusation) *quia neque lege aliqua de hac re cautum est neque per senatus consultum* (p. 222 n. 2) .. *publica accusatio inducta est.* Sans droit écrit il n'y a pas de *judicium publicum* (Macer, *Dig.*, 47, 15, 3, 1 : *praevaricationis judicium aliud publicum est, aliud moribus introductum*). D'où le nom de *quaestio legitima* : Cicéron, *Pro Cluentio*, 1, 2 : *Pro Arch.*, 2, 3 (p. 217 n. 2); *crimen legitimum* : Ulpien, *Dig.*, 47, 20, 3, 2; *publica lege reus* : Marcien, *Dig.*, 48, 8, 1, 1. Papinien, *Dig.*, 1, 21, 1, *pr.* : *magistratus... cum publici judicii habeant exercitionem lege vel senatus consulto delegatam.*

(3) *Praetor qui ex hac lege quaerit* est la désignation habituelle du président dans la loi sur les *repetundae*. Cicéron, *Pro Cluentio*, 33, 90 : *ipse ea lege quaerebat.* Sénèque, *Lud.*, 14 : *Aeacus... lege Cornelia, quae de sicariis lata est, quaerebat.* Pline, Ep., 5, 9 [21]; 3 : *Nepos praetor qui legibus* (combien souvent le pluriel est employé à propos d'une loi, *St. R.*, 3, 308 [*Dr. publ.*, 6, 1, 351]) *quaerit.* Les listes de titres des inscriptions ne donnent

la portée des différentes lois à de nouveaux faits (1), non seulement par voie d'interprétation large (p. 147 n. 1), mais même au delà de l'intention du législateur par des sénatus-consultes et des constitutions impériales (2), a été considérée à l'é-
(192) poque du Principat comme permise et n'a pas été rare. De nouvelles catégories de délits n'ont été ajoutées aux anciennes qu'après l'époque de Constantin et les additions opérées se limitent presque uniquement au cas de rapt (3) et à celui plus important encore d'hérésie (4).

La *quaestio* au point de vue de la nature et de la généralité du droit d'agir en justice.

Si le *judicium publicum* est conçu comme une instance devant un jury relevant d'un magistrat, ainsi qu'il en a été selon toute apparence dès l'apparition de cette notion, cette définition n'a qu'une valeur procédurale et est applicable en fait à toute créance délictuelle ou non délictuelle, donc, dans la première catégorie, aux délits qui ne peuvent être réprimés

---

jamais de qualificatif à ces préteurs inférieurs en rang au préteur urbain; il n'y a que l'éloge de Pulcher (*C. I. L.*, I, éd. 2, p. 200 n. xxxiii) qui parle de *praetor repetundis*.

(1) *Dig.*, 48, 4, 7, 3. Cependant le droit criminel est à cet égard lié plus étroitement que le droit civil aux lois positives; il ne connaît pas d'édit créateur du droit et, si la procédure extraordinaire en droit criminel équivaut à peu près à l'*actio utilis* du droit civil, il est toutefois fait, à l'époque ancienne, un usage visiblement plus modéré de la première que de la seconde.

(2) D'après Macer, *Dig.*, 47, 13, 2, l'accusation *ex senatus consultis* qui étendent à la *coitio* en vue d'arriver à une condamnation injuste la peine de la loi *Cornelia* sur le meurtre est considérée comme un *judicium publicum*. Ce n'est, semble-t-il, qu'une méprise, si une application du même genre, extension de la loi *Cornelia* sur les falsifications par constitution impériale (*Dig.*, 47, 11, 6, 1), est placée au Digeste parmi les *crimina extraordinaria*.

(3) Cela n'est pas dit directement dans la loi de Constantin, *C. Th.*, 9, 24, 1, mais ne peut être mis en doute tant à raison du contenu même de cette loi que du classement postérieur de cette rubrique parmi les vieux *judicia publica*. — Constantin qui inaugure la répression du quasi-mariage de la femme libre avec son propre esclave qualifie expressément cet acte de *crimen publicum* (*C. Th.*, 9, 9, 1 = *C. Just.*, 9, 11, 1 : *sit omnibus facultas crimen publicum arguendi*).

(4) La loi de 407 (*C. Th.*, 16, 5, 40, 1 = *C. Just.*, 1, 5, 4, 1) dit expressément de ce délit : *volumus esse publicum crimen*; de même il est dit dans la Novelle de Valentinien, (17) de 445 à propos des Manichéens : *sit publicum crimen*. Une constitution de Léon (Cod. 1, 11, 8) déclare également le paganisme *crimen publicum*.

que sur la réquisition de la victime. En fait, l'action de *repetundae*, qui est le point de départ de cette forme de procédure, n'est au début nullement conçue d'après le système romain comme une *condictio* délictuelle ; et la preuve que la notion de *judicium publicum* n'est pas inconciliable avec l'idée de poursuite subordonnée à la réquisition de la victime nous est fournie par l'application de cette procédure non seulement en matière de *repetundae*, mais aussi en matière d'injures. Cette dernière application nous révèle en même temps d'une manière claire que la notion de *judicium publicum* n'a qu'une valeur purement procédurale, puisque l'emploi de cette forme de procès est limité aux injures graves. Mais la science du droit romain telle que nous la connaissons, appartenant principalement, à vrai dire, à une époque où l'institution du jury était déjà une antiquité, a donné du *judicium publicum*, au lieu de la définition procédurale ancienne, une définition de fond et l'a considéré comme la procédure contre les délits qui tombent sous une loi pénale positive (1) et pour lesquels chaque demandeur est admis en quelque sorte comme un ministère public volontaire (2). Sans doute la réalisation pratique de cette conception n'a jamais été complète. Il sera prouvé plus loin que (193)
l'action de *repetundae*, comme action pour cause d'exaction, revêt un caractère délictuel ; la restriction des *quaestiones* au

(1) Cet élément qui caractérise le *judicium publicum* par opposition à la procédure extraordinaire a gardé dans la nouvelle définition du *judicium publicum* la place qu'il occupait dans l'ancienne.

(2) Cette conception se rattache à l'explication de mot, certainement fausse mais admise plus tard, d'après laquelle le *judicium publicum* n'est pas le procès qui intéresse le peuple (p. 185 n. 6), mais le procès ouvert à toute personne du peuple ; il y a là une confusion faite entre *publicus* et *popularis*. Nous trouvons cette conception chez Ulpien, *Dig.*, 23, 2, 43, 10 : *publico judicio... cuilibet ex populo experiri licet* et chez Modestin, *Dig.* 48, 10, 30, 1 : *de partu supposito soli accusant parentes... non quilibet ex populo, ut publicam accusationem intendat* ; en outre chez Constantin, *C. Th.*, 9, 7, 2 = *C. Just.*, 9, 9, 29 : *quamvis adulterii crimen inter publica referatur, quorum delatio in commune omnibus sine aliqua legis interpretatione conceditur* ainsi que dans les constitutions citées p. 222 n. 3-4 ; enfin chez Justinien, *Inst.*, 4, 18, 1 : *publica (judicia) dicta sunt, quod cuivis ex populo executio eorum plerumque datur*, où la proposition explicative montre que des objections peuvent être faites à cette définition.

domaine des délits est ainsi accomplie. Mais la faculté générale d'agir en justice ne devient pas un caractère de l'action de *repetundae* même dans cette forme et cela s'applique à un degré encore plus élevé à l'action pour injures graves, qui d'après les jurisconsultes romains eux-mêmes, est une action privée quant au fond et un *judicium publicum* quant à la forme (1). De même, reste sans réponse la question de savoir pourquoi dans cette conception les actions délictuelles prétoriennes, sans doute peu nombreuses, qui sont traitées comme actions populaires, notamment en cas de coups entraînant la mort et dans les différents cas de dommage causé aux choses d'autrui, ne sont pas comptées parmi les *judicia publica*. Quoi qu'il en soit, la substitution de la définition de fond à la définition procédurale a remplacé une notion devenue inutilisable pour le droit de l'époque récente par une notion utile ; et si, pendant la dernière période, le rapt et l'hérésie sont rangés parmi les *judicia publica* , cela veut dire qu'ils ne sont pas traités comme délits ne pouvant être poursuivis qu'à la réquisition de la victime et que chacun doit être admis à exercer l'action à leur occasion.

Ordo judiciorum publicorum et crimina ordinaria.

Les règles de droit criminel qu'a établies la législation de Sylla et d'Auguste par la définition des délits, la réglementation de la procédure et la fixation des peines, constituent l'*ordo judiciorum publicorum* (2), c'est à dire le droit pénal légal de la fin de la République et de l'Empire ; quand on
(194) s'écarte de ce terrain légal (3), il y a procédure *extra ordi-*

(1) Paul, *Dig.*, 3, 42, 1 : *ad actionem injuriarum ex lege Cornelia procurator dari potest : nam etsi pro publica utilitate exercetur, privata tamen est.* La définition du *judicium publicum*, donnée par Macer (p. 221 n. 2), comprend cette action.

(2) Cette expression se rencontre aussi peu dans les sources que son terme corrélatif *ordo judiciorum privatorum* ; mais elle est indiquée par Paul, *Dig.*, 48, 1, 8 : *ordo exercendorum publicorum capitalium in usu esse desiit.*

(3) On ne peut regarder comme dérogeant au fondement légal ni la *quaestio* qui repose sur une loi particulière et qui n'a reçu le nom trompeur de procédure extraordinaire que chez les Romains de la dernière époque, ni l'expédition de certaines accusations hors du tour du rôle

nem (1). Cet écart peut provenir soit de la nature de la peine, soit de celle du délit, soit de celle de l'organe qui rend la justice. Rentrent donc dans cette procédure les cas peu nombreux dans lesquels il y a modification d'une peine établie par les lois, notamment lorsqu'il y a substitution d'une amende à une peine privative de liberté (2). Y rentrent aussi les délits qui ne sont pas cités dans ces lois, mais qui ont été frappés postérieurement d'une peine publique, soit par une prescription juridique positive, soit par l'usage ; peu importe qu'ils appartiennent légalement aux délits privés et qu'à ce titre ils soient soumis à la procédure délictuelle ordinaire (3) ou qu'ils n'aient nullement été traités comme délits par les lois anciennes (4). Y

---

fixé en principe par la date d'introduction de l'action. Cette dernière procédure, *extra ordinem* dans un autre sens, qui dans de nombreux cas est prescrite par une loi et dans d'autres peut être imposée par le magistrat, est traitée dans le Livre III à propos de l'introduction de l'instance.

(1) Il en résulte que les délits sont divisés en *publica, extraordinaria* et *privata* (*Cod.*, 1, 17, 2, 8 a). Il serait, il est vrai, préférable de parler de délits publics ordinaires et de délits publics extraordinaires d'une part, et de délits privés d'autre part.

(2) C'est en ce sens que le *plagium* a été réprimé plus tard *extra ordinem* (*Coll.* 14, 2, 2), il en fut de même pour les *repetundae* (*Dig.*, 48, 11, 7, 3). On ne tient pas compte ici de simples modifications comme la substitution de la déportation à l'interdiction.

(3) En ce sens, on exclut des délits ordinaires pour les ranger parmi ceux qui sont réprimés *extra ordinem* : l'*abigeatus* (*Dig.*, 47, 14, 2 : *quia furtum magis est*) et d'autres vols qualifiés (*Dig.*, 47, 2, 93. tit. 11, 7. tit. 17, 1); certains dommages causés aux choses d'autrui (Paul, 5, 3, 1) et certaines injures (Paul, 5, 4, 4. 16. 21. *Dig.*, 47, 10, 45); en outre le stellionat (*Dig.*, 47, 11, 3. tit. 20, 1). L'action délictuelle prétorienne de droit privé subsiste comme *jus ordinarium* à côté de cette procédure ; la répression du délit par cette voie est désignée comme *remittere ad jus ordinarium* (*Dig.* 47, 17, 2, de même 47, 1, 3; même dans les affaires civiles, celles qui sont munies d'une *executio juris ordinarii* sont opposées par exemple à l'action de fidéicommis : *Dig.*, 50, 16, 178, 2) ou comme *remittere ad forum* (*Coll.*, 7, 4, 1. 11, 6, 7. 12, 6, 1) ou comme *remittere ad examinationem civilem* (*Dig.*, 47, 14, 1, 4, de même 47, 2, 93 : *civiliter agere ;* 48, 19, 28, 12) ou encore, puisque l'action civile tend toujours à une amende pécuniaire, comme *pecuniariter agere* (*Dig.*, 47, 1, 3).

(4) Appartiennent certainement à cette catégorie : la *calumnia* et la *praevaricatio*, en tant qu'elles n'apparaissent pas dans les lois pénales (p. 221 n. 2), le vol d'hérédité (*Dig.*, 47, 19, 1), certains délits locaux d'Egypte et d'Arabie (*Dig.*, 47, 11, 9. 10). Pour maints autres délits cités au titre

rentrent enfin les décisions de toutes les autorités qui ne sont pas citées dans ces lois ; d'où il résulte qu'il n'y a à proprement parler que les jugements des cours judiciaires urbaines
(195) qui appartiennent à la procédure ordinaire, tandis que la justice de l'empereur lui-même et celle de tous les fonctionnaires impériaux rentrent dans la procédure extraordinaire (1). Il s'en suit que déjà à l'époque du Principat la procédure ordinaire n'a en droit pénal qu'un domaine restreint (2) et qu'après la transformation de l'organisation de l'État par Dioclétien, il n'y a plus, comme on le dit expressément, de tribunaux ordinaires (3). Cependant il ne faut pas perdre de vue

---

de extraordinariis criminibus, *Dig.*, 47, 11, on peut se demander s'ils ne rentrent pas en réalité dans une des catégories antérieures de délits. La l. 1 empruntée aux Sentences de Paul et traitant en fait des injures n'a été placée dans ce titre que par méprise.

(1) Cette remarque est faite expressément pour la justice pénale des *praefecti annonae* et des *praefecti vigilum* (*Dig.*, 1 2, 2, 33). Il est douteux qu'Ulpien lui-même, *Dig.*, 48, 19, 1, 3 : *generaliter placet in legibus publicorum judiciorum vel privatorum criminum qui extra ordinem cognoscunt praefecti vel praesides ut eis, qui poenam pecuniariam egentes eludunt, coercitionem extraordinariam inducant* ait voulu embrasser toutes les autorités investies à son époque du pouvoir répressif. S'il dit ailleurs, *Dig.*, 1, 16, 7, 2 : *omnium partes, qui Romae vel quasi magistratus vel extra ordinem jus dicunt, ad ipsum* (*proconsulem*) *pertinent*, il n'est pas vraisemblable qu'il ait refusé au proconsul et au légat propréteur le caractère de magistrat et la rédaction des deux textes, dans le second desquels il y a eu sans doute une intervention des compilateurs, ne contredit pas cette manière de voir. Pour l'époque de Justinien la question ne soulève aucun doute.

(2) Telle est aussi la pensée de Paul dans le passage cité p. 224 n. 2 ; ce dernier s'explique par ce fait que les jurys urbains ne statuaient plus alors que dans les affaires non capitales. Les textes du Digeste rédigés en termes encore plus généraux sont vraisemblablement interpolés.

(3) Les paroles de Justinien, *Inst.*, 4, 15, 8 : *extra ordinem... sunt hodie omnia judicia* (analogue, 3, 12, *pr.*) se rapportent, il est vrai, tout d'abord au droit civil, mais peuvent être aussi appliquées au droit pénal. Il est difficile que les paroles soit d'Ulpien, soit de Tribonien, *Dig.*, 48, 19, 1, 3 : *hodie licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre vel graviorem vel leviorem, ita tamen, ut in utroque modo rationem* (ou *moderationem*) *non excedat*, ne visent que les *crimina extraordinaria* proprement dits pour lesquels il n'y a pas par par nécessité et d'une façon absolue de peine fixée par une loi, elles concernent plutôt les délits en général. Chez Macer, *Dig.*, 48, 16, 15, 1. ceux *qui hodie de judiciis publicis extra ordinem cognoscunt* sont sans doute les juges répressifs en général, quoique ce jurisconsulte ait peut-être conçu, ainsi que Paul (p. 224 n. 2), les *quaestiones* de la capitale comme formant antithèse à ces juges.

que dans la vaste catégorie des instances visées en dernier lieu, seule la procédure est dépourvue de fondement légal, tandis que les notions de délits et les fixations de peines restent soumises aux règles légales anciennes, de telle façon que ces dernières sont appliquées même par les autorités désignées comme extraordinaires, en tant que l'indépendance de celles-ci ne les met pas au-dessus des lois ; il est vrai toutefois que la disparition du fondement légal de la procédure (196)
pénale a considérablement favorisé le développement de cet arbitraire envahissant qui se fait notamment sentir dans l'application des peines établies par les lois et dont nous parlerons en détail dans la dernière Section du Livre V (1).

Résolutions populaires pour des cas particuliers.

Les lois qui régissent la procédure pénale peuvent être faites soit pour un cas particulier, soit pour tous les cas à venir rentrant dans leur champ d'application (2). La confection d'une loi spéciale (3) pour la répression d'un acte isolé déjà accompli se heurte moins au principe rarement efficace d'après lequel il

(1) Paul poursuit après les paroles citées p. 224 n. 2 : *durante tamen poena legum, cum extra ordinem crimina probantur.* Les paroles attribuées à Ulpien ont à vrai dire une portée plus grande, mais il est difficile que ce jurisconsulte ait exprimé d'une manière aussi absolue le caractère non obligatoire des prescriptions législatives établissant les peines.

(2) En ce sens, Cicéron nomme (p. 220 n. 4) les tribunaux de la seconde catégorie *quaestiones perpetuae*, non pas, comme on l'a dit, de la même manière qu'on oppose l'*edictum perpetuum* prétorien rendu pour toute l'année de charge aux édits d'occasion, mais par antithèse aux instructions spéciales reposant sur des lois d'exception ; ailleurs il les oppose à ces dernières comme *cotidiana* (*De d. n.*, 3, 30, 74). La première dénomination qui nous est si familière est inconnue de la littérature juridique, on ne la trouve d'ailleurs que dans le passage précité de Cicéron. Elle ne convient également pas au langage courant ; car la perpétuité telle qu'on l'entend ici pour les lois introductives des *judicia publica* est celle de toutes les lois judiciaires en général.

(3) Ces procès d'exception sont évidemment des *judicia publica* comme les procès ordinaires (Cicéron, *Brut.*, 33, 127). C'est avec raison que la *lex Pompeia* de 702/52, citée ci-dessus, est déjà désignée comme *privilegium* par ses adversaires lors de sa présentation (Asconius, *In Mil.*, p. 37) et plus tard par Aulu-Gelle, 10, 20; Cicéron, *Pro Mil.*, 6, 14 dit d'elle *nova quaestio*; la désignation courante *quaestio extraordinaria* n'est ni conforme aux sources ni correcte (p. 224 n. 3). — Les lois qui frappent des personnes prises isolément sans prescrire une procédure pénale, comme la proposition dirigée contre Galba en 604/150 (p. 199 n. 1) et la loi *Clodia* sur le bannissement de Cicéron de 696/58, n'appartiennent pas au droit pénal.

est interdit d'étendre la notion de délit avec effet rétroactif (1) qu'à la prohibition, admise dans l'ancien droit municipal, du *privilegium* à la charge d'un seul homme (2). En fait, cette rè-
(197) gle juridique salutaire a été inviolablement observée (3) jusque dans le dernier siècle de la République et même, pendant ce siècle, on ne rencontre de lois d'exception qu'à titre isolé et surtout durant l'agonie de la République, tandis que l'arbitraire judiciaire inauguré par le Principat rendit de telles lois superflues. Les lois criminelles d'exception ou, suivant l'expression romaine, les *quaestiones* établies pour un cas particulier, dont le souvenir nous est parvenu et dont la connaissance est indispensable pour maintes questions de droit criminel d'une portée plus générale, sont les suivantes :

le plébiscite de P. M. Scaevola de 613/141 contre le préteur C. Hostilius Tubulus qui s'était laissé corrompre dans un procès de meurtre qu'il dirigeait, acte pour lequel il n'y avait apparemment pas de loi pénale (4) ;

---

(1) Cicéron, *Verr.*, l. 1, 41. 42. On applique sans hésiter aux délits commis depuis la promulgation de la loi toute modification législative de la forme d'action, ainsi que ce texte le dit expressément pour les lois de Sylla sur le faux en matière de monnaie et de testament. Par contre, sont anomales les lois spéciales faites pour réprimer des actes antérieurs commis contrairement aux prescriptions de la morale mais non à celles de la loi pénale de l'État, comme les crimes religieux cités p. 229 n. 1, p. 230 n. 2. Auguste ne dut pas procéder ainsi, lorsqu'il fit rentrer l'adultère de la femme sous le régime de la discipline morale exercée par l'État.

(2) Loi des XII Tables 9, 1 Schöll [*id.* Girard], d'après la rédaction de Cicéron (*De leg.*, 3, 4, 11) : *privilegia ne inroganto*, où *inrogare* indique le fait de mettre à charge. *St. R.* 3, 336 [*Dr. publ.*, 6, 1, 383].

(3) Nous avons déjà parlé p. 199 n. 1 de la loi d'exception de 582/172, qu'on était parvenu à faire passer, mais dont on sut paralyser l'exécution. Les *quaestiones* mentionnées à propos du meurtre de Postumius (p. 198 n. 1) et du butin d'Antioche (p. 198 n. 1) sont certainement fictives et n'ont pas eu d'autre but que de faire remonter à une date plus reculée le pouvoir du peuple de réprimer ainsi les délits.

(4) Cicéron, *De fin.*, 2, 16, 54. 4, 28, 77. *De d. n.*, 3, 30, 74. Asconius, *In Scaur.*, p. 23. Plus tard on applique à un jugement de ce genre la loi sur le meurtre, mais à l'époque du procès mentionné au texte le cas peut bien être considéré comme n'étant pas prévu par la loi pénale. Le plébiscite transporta au Sénat la nomination du *quaesitor* et celui-ci la transmit au consul Cn. Caepio. L'accusé partit en exil ; si on alla le ti-

le plébiscite de Péducéus de 640/114 contre différentes Vestales et leurs amants à l'occasion d'un inceste commis par elles (1), que les pontifes n'avaient pas réprimé en vertu de leur pouvoir disciplinaire et auquel ne s'étendaient pas les lois pénales de l'État ;

le plébiscite de Mamilius de 644/110 provoqué par les relations de trahison existant entre un certain nombre de citoyens romains et Jugurtha, roi de Numidie (2);

le plébiscite d'Appuléius, vraisemblablement de 651/103, (198)
relatif aux méfaits commis pendant les guerres des Gaules des années précédentes et notamment à la perte des trésors des temples qui eut lieu lors de la prise de Toulouse en 648/106 par le consul Servilius Caepio (3);

---

rer de cet exil et si on l'exécuta en prison, cela fut peut-être — car la raison n'apparaît pas clairement — provoqué par des délits commis postérieurement (p. 81 n. 1).

(1) C'est la *rogatio Peducaea de incestu* de Cicéron, *De n. d.*, 3, 30, 74, conformément à laquelle L. Cassius, consul en 627/127, censeur en 629/125 (non pas par conséquent préteur au moment du procès, comme l'indique Valère Maxime 3, 7, 9) fut nommé *quaesitor* par un choix du peuple (Asconius, *In Mil.*, p. 46 : *populus Cassium creavit qui de eisdem virginibus quaereret*). On ne sait si le siège curule de la monnaie dont il est parlé dans mon *Röm. Münzw.*, p. 635 [*Hist. de la Mon. Rom.*, t. 2 p. 504] se rapporte au rôle joué ici par Cassius, mais cette monnaie prouve certainement qu'il y avait assistance d'un *consilium* muni du droit de vote. On voit aussi apparaître dans ces procès des accusateurs et des défenseurs (*Rhet. ad Her.*, 4, 35, 47). Parmi ces procès rentre celui qui fut intenté contre Marc Antoine : Val. Max., 6, 8, 1. Cpr. *St. R.*, 2, 664, n. 2 [*Dr. publ.*, 4, 381, n. 2].

(2) Pour la direction des nombreux procès on choisit dans les comices parmi les particuliers trois *quaesitores*, fonctionnant sans doute à côté l'un de l'autre, chacun avec son *consilium* (Salluste, *Jug.*, 40). Cicéron, *De n. d.*, 3, 30, 74, cite la *quaestio conjurationis Jugurthinae* et remarque, *Brut.*, 34, 128, (cpr. *Pro Plancio*, 29, 70) que des *judices Gracchani*, c'est-à-dire des jurés nommés d'après la *lex Sempronia* alors en vigueur, statuaient dans cette affaire. Cpr. *St. R.*, 2, 665, n. 1 [*Dr. publ.*, 4, 382, n. 1].

(3) Cicéron, *De n. d.*, 3, 30, 74, nomme la *quaestio auri Tolosani* parmi les *quaestiones* exceptionnelles ; de même Dion, *fr.* 90, en parle : ἐπὶ τούτῳ συχνοὶ εὐθύνθησαν. Le discours de Caepio aux tribuns (*Ad Her.*, 1, 14, 24 ; *Caepio ad tribunos plebis de exercitus amissione*, où l'on songe au désastre d'Orange en 649/105 ; Cicéron, *Orat. part.*, 30, 104. 105) peut avec raison être rapporté aux débats sur le plébiscite d'Appuleius pour l'établissement de la *quaestio*. Je ne répète pas le raisonnement chronologique donné dans ma *Röm. Gesch.*, 2, 179 [*Hist. rom.*, trad. Alexandre, 5, 145] ; il est sans importance pour le droit pénal que les procès criminels relatifs

le plébiscite de Varius de 663/91 promulgué à l'occasion d'intrigues de trahison nouées entre les communes alliées italiques et un certain nombre de citoyens romains (1);

le plébiscite de Fufius de 693/61 à la suite de la profanation, survenue peu auparavant de la fête de la *Bona Dea*, acte pour lequel il n'y avait pas de loi pénale positive (2);

(199) le projet de plébiscite proposé par Vatinius en 695/59 à cause d'un complot de meurtre qu'on prétendit dirigé contre Cn. Pompée (3);

à l'expédition de Gaule aient tous été intentés en vertu de la loi *Appuleia* ou reposent en partie sur un autre fondement juridique. Le procès contre C. Norbanus en 659/95 était incontestablement un procès de lèse-majesté intenté en vertu de la loi Appuleia (Cicéron, *De or.*, 2, 75, 307 : *ab illo majestatem minutam negabas, ex quo verbo lege Appuleia tota illa causa pendebat.* c. 49, 201 ; *Val. Max.*, 8, 5, 2 : *majestatis crimine publicae quaestioni subjectus est*; cpr. Cicéron, *De off.*, 2, 14, 49, *De or.*, 2, 21, 89) ; mais cela ne force pas à admettre que la loi Appuleia ait établi une *quaestio* perpétuelle pour les crimes de lèse-majesté.

(1) Asconius, *In Scaur.*, p. 22 : *Q. Varius tr. pl. legem tulit ut quaereretur de iis, quorum ope consiliove socii contra p. R. arma sumpsissent.* L'auteur de la loi lui-même a joué au début le rôle de *quaesitor* (Asconius, *loc. cit.*), probablement parce que le choix du peuple prescrit par cette loi s'était porté sur lui. Les *consilia* furent d'abord composés de chevaliers suivant les règles de procédure existantes (Appien, *B. c.*, 1, 37). L'année suivante, on établissait pour ces procès en vertu d'un autre plébiscite une liste spéciale de 525 jurés, élus dans les différentes tribus ($35 \times 15 = 525$) sans condition de rang social (Asconius, *In Cornel.*, p. 79). C'est suivant cette procédure que Varius fut condamné en vertu de sa propre loi (Val. Max., 8, 6, 4) et exécuté au milieu de tourments (Cicéron, *De n. d.*, 3, 33, 81. Cpr. Val. Max, 9, 2, 2). La peine encourue était donc capitale.

(2) Le tribunal était dirigé, sans doute en vertu d'une clause de la loi, par le préteur urbain ; le préteur mentionné chez Cicéron, *Ad Att.*, 1, 14, 1 doit être le préteur urbain ; car tout acte intéressant la liste globale des jurés est fait par celui-ci. Il ressort de Cicéron, *Ad Att.*, 1, 16, 2, qu'on s'en tint à cet égard à la proposition du Sénat. Le projet de transférer d'une manière absolue au préteur président la nomination des jurés ne fut pas adopté (Cicéron, *Ad Att.*, 1, 14, 1); le tribunal fut, après refus de s'écarter des règles existantes sur les jurys, formé des trois classes de jurés (Cicéron, *Ad Att.*, 1, 16, 2. 3). Conformément à la proposition du Sénat le procès fut, comme les procès de violence, expédié hors tour (Sénèque, *Ep.*, 97, 7 : *in ea ipsa quaestione, quae extra ordinem senatus consulto exercebatur*) et on permit d'interroger les esclaves même contre leur maître en les soumettant à la torture (Cicéron, *Pro Mil.*, 22, 59. *Part. Orat.*, 34, 118). La peine encourue était l'exil (Cicéron, *Parad.* 4 *in fine*). Cpr. *St. R.*, 2, 667, n. 1 [*Dr. publ.*, 4, 384, n. 2.]

(3) Cicéron, *In Vat.*, 11, 26.

la loi consulaire de Pompée de 702/52 concernant les actes de violence commis à cette époque aux abords et à l'intérieur de la ville (1);

la loi consulaire de Pédius de 711/43 contre les meurtriers du dictateur César (2).

Toutes ces lois sont inconstitutionnelles; mais la toute puis- (200) sance de la loi annule même les prescriptions de la constitution. Ces lois ont bien été blâmées, jamais la validité d'aucune d'elles n'a été contestée.

Avant d'exposer les règles relatives à la présidence du magistrat et à la composition des jurys il nous paraît convenable

---

(1) Le récit précis qu'on trouve chez Asconius, *In mil.*, p. 31 et sv., rend toute autre citation superflue. La loi était dirigée contre le délit de violence : *de vi, qua nominatim caedem in Appia via factam et incendium curiae et domum M. Lepidi interregis oppugnatam comprehendit.* La loi proposée en même temps contre l'*ambitus* contenait, comme la loi sur la violence, certaines rigueurs de procédure, mais était une loi régulière de *quaestio*. La loi d'exception donne mandat au consul Cn. Pompée de nommer un *quaesitor* pris parmi les *consulares* et de choisir en outre pour la formation du *consilium*, conformément aux règles alors en vigueur, dans les trois catégories de personnes qualifiées pour le poste de juré 360 noms (3×120) (*St. R.*, 3, 532, n. 5 [*Dr. publ.*, 6, 2, p. 137, n. 1]), y compris celui du *quaesitor*. Ces jurés fonctionnent pendant toute la durée des débats ; mais il n'y en a qu'une partie qui soit appelée à voter : 279 jurés (3×93) sont écartés par le sort et 30 autres (3×10) par la récusation des deux parties, de telle façon qu'il ne reste pour le vote que 51 jurés, à savoir : 18 sénateurs, y compris le *quaesitor*, 17 chevaliers et 16 *tribuni aerarii*. On n'avait pas besoin de prescrire ici que les procès seraient expédiés hors tour, puisqu'on établissait une liste particulière de jurés. Nous pouvons négliger de relever les rigueurs de procédure contenues dans cette loi.

(2) Auguste, *Mon. Ancyr.*, 1, 10 : *qui parentem meum [interfecer]un[t, eo]s in exilium expuli judiciis legitimis ultus eorum [fa]cin[us]*. La procédure était, comme Auguste l'indique, conforme en principe aux lois existantes et avait lieu devant un *quaesitor* — sur la nomination duquel nous ne sommes pas renseignés — et devant des jurés. Les rigueurs les plus saillantes de cette loi sont l'admission de l'accusation en l'absence des accusés (Tite-Live, 120 ; Suétone, *Aug.*, 10 ; Appien, *B. c.*, 3, 95. 4, 27 et ailleurs) et les récompenses données aux accusateurs (Dion, 46, 49). Le crime ne pouvait être conçu que comme *perduellio* et la peine était la peine capitale avec confiscation du patrimoine (Dion, 46. 48) ; cependant, les accusés ne se présentant pas, on ne prononça contre eux que la peine de l'*interdictio* et le droit de s'exiler ne leur fut pas enlevé, comme le dit aussi Auguste. Les malheurs des meurtriers de César n'eurent pour cause que la guerre qu'ils firent au gouvernement et leur révolte contre les *proscriptiones*.

de délimiter, d'une part, le domaine de compétence de ces jurys quant aux personnes, quant au territoire et quant au taux des peines, et de donner, d'autre part, un aperçu général des procès délictuels réglés par les lois relatives à ces jurys.

Le champ d'application des *quaestiones* au point de vue des personnes et du territoire.

La règle de la vieille juridiction criminelle publique, d'après laquelle celle ci n'est applicable qu'aux citoyens romains mâles sauf le complément nécessaire que fournit la coercition, n'a pas passé dans la procédure du jury présidé par un magistrat. Cette dernière, en sa qualité d'institution issue du procès privé, a bien plutôt adopté les principes du droit civil applicables aux délits privés, en vertu desquels la capacité délictuelle se rencontre chez la femme, l'étranger (1), l'esclave, comme chez le citoyen mâle et la représentation de la communauté n'est pas réservée aux magistrats de telle façon que les femmes et les non citoyens sont admis dans certains cas à jouer le rôle d'accusateur dans cette procédure des *quaestiones*. Il est par exemple dit expressément que l'action de meurtre de la loi Cornelia est admise même contre les femmes et les esclaves (2) et que dans l'action de *repetundae* dont le véritable caractère est, comme nous l'avons déjà fait remarquer, celui d'un procès civil fondé sur un enrichissement injuste, le citoyen romain n'est même pas admis à agir, l'action étant réservée au non citoyen. Il est impossible de dégager des règles générales sur la compétence des grands jurys de la capitale; celle-ci dépend essentiellement, d'une part, de la compétence des cours judiciaires municipales et provinciales qui fonctionnent à coté d'eux et, d'autre part, de la nature de chaque délit et des dispositions de la loi spéciale faite à son sujet. C'est pourquoi nous devons ici renvoyer le lecteur aux Sections du Livre III relatives à la compétence des tribunaux répressifs et au rôle des parties ainsi qu'à l'exposé des différents délits donné dans le Livre IV.

---

(1) Les *judices gracchani* jugent déjà les sujets italiques comme les Romains (Appien, *B. C.*, 1, 22).

(2) Cicéron, *Pro Cluentio*, 54, 148 : *omnes viri mulieres liberi servi in judicium vocantur.*

L'extension de l'institution du jury présidé par un magistrat au procès capital ne soulève aucune difficulté. Ce jury est créé par une loi spéciale et cette loi, qui habilite le magistrat à la *quaestio* capitale de la vieille procédure pénale, peut lui conférer la même compétence sans exiger la confirmation par le peuple requise dans l'ancienne procédure ; elle peut ou laisser tomber l'institution de la confirmation ou la remplacer par la coopération des jurés et la soumission du magistrat à l'avis exprimé par la majorité de ceux-ci. En fait, plusieurs des *quaestiones* exceptionnelles citées plus haut (p. 228 et sv.) ont, comme nous l'avons fait remarquer à cet endroit, attribué aux *quaesitores* ce pouvoir répressif. De même, la cour judiciaire instituée par Sylla pour la répression des meurtres a pu prononcer la peine de mort pour la catégorie la plus grave de ces crimes, ainsi que nous le montrerons dans la Section relative à cette matière. Mais la tendance à restreindre et, lorsque cela était possible, à supprimer la peine de mort, qui règne dans la dernière période de la République, s'est surtout fait sentir au regard des jurys dirigés par un magistrat ; le procès pénal originaire devant le magistrat ne connaît pas à proprement parler d'autre peine que la mort, tandis que cette dernière est exceptionnelle dans la nouvelle procédure. En dehors de l'influence exercée par les progrès de la civilisation et de la tendance de celle-ci à s'écarter de la rigueur souvent barbare des mœurs anciennes, il faut tenir compte de ce que le droit de *provocatio*, c'est-à-dire la nécessité constitutionnelle de la confirmation par le peuple de toute condamnation à mort prononcée par un magistrat, était pour la conscience juridique du Romain un article de foi politique et que le remplacement de la majorité des comices par celle des jurés allait à l'encontre de cette conviction. Le procès capital de 640/114, où les femmes n'ont pas le droit de provocation, a dû également contribuer d'une manière importante à cette évolution. Le fait lui même est hors de doute ; en effet, la procédure des magistrats et des comices s'est maintenue pour les crimes d'État à côté de la nouvelle forme de procès et, en cas de meurtre, la caté-

(201)
Le taux de la peine dans la procédure des *quaestiones*.

gorie la plus grave, celle du meurtre des parents, a été longtemps réservée à la procédure comitiale. On peut voir quelle horreur la peine de mort inspirait à la fin de la République en constatant qu'elle est abolie par Pompée lui-même pour le cas de parricide et qu'en outre elle ne fut pas appliquée dans la procédure de *quaestio* établie dans des conditions particulièrement rigoureuses par une loi spéciale contre les meurtriers du dictateur César (p. 231 n. 2). Quant à la question de savoir si, lors de la réapparition de cette peine sous le Principat, la compétence des jurys de la capitale fut élargie, nous y reviendrons lorsque nous exposerons la situation de ces tribunaux à l'époque impériale.

(202) Si la peine capitale, qui fut au début le moyen exclusif de répression de la vieille procédure pénale publique et en reste toujours le moyen principal, est exceptionnelle devant le jury présidé par un magistrat, il faut toutefois remarquer qu'on n'applique pas aux *judicia publica* la règle qui régit l'action délictuelle privée depuis la suppression de la peine capitale privée et du talion et d'après laquelle la condamnation ne peut pas aller au delà des amendes pécuniaires et des restrictions des droits honorifiques. L'augmentation des moyens de répression par l'apparition des peines restrictives de la liberté se manifeste tout d'abord sous la forme modeste du bannissement à vie hors de l'Italie, mais la transformation de cette peine en celle de la déportation et des travaux forcés rend à la procédure criminelle, où la notion de peine avait peu à peu au cours de la période républicaine perdu tout caractère sérieux, le substratum convenable et, à la meilleure époque du Principat, les *judicia publica* peuvent de nouveau être considérés comme une procédure pénale convenablement organisée dans l'ensemble.

Domaine des délits soumis aux *quaestiones*.

Comme nous l'avons déjà exposé, les actions soumises à la procédure du jury présidé par un magistat n'ont pas été substituées originairement à des actions pénales publiques, elles ne sont même pas issues d'une notion particulière de délit, elles ne sont bien plutôt à leur début que des actions privées privilé-

giées à cause de leur intérêt public important, et ne sont séparées des nombreux *judicia publica* plus anciens que par l'extension à tout le procès de la direction du magistrat (1). Mais il y a eu dès le début à côté de cette conception formelle de l'action de *repetundae* une conception morale et une conception politique : l'acceptation de libéralités par le magistrat est au fond une exaction ; l'action doit faire obtenir au sujet la reconnaissance de son droit contre l'autorité publique. En fait, l'institution est dès son origine une forme de procès pénal et elle l'est devenue aussi très vite en droit. Nous sommes très imparfaitement renseignés sur le développement postérieur de ces tribu- (203)
naux antérieurement à Sylla. Mais si nos informations ne nous trompent pas, dix ans à peine après Pison, une cour judiciaire de ce genre a été instituée pour le procès de meurtre (2) ; cela constituait sans aucun doute un empiétement sérieux sur le domaine du droit pénal public, bien que le procès de meurtre devant les magistrats et les comices se maintînt à côté de cette nouvelle forme. Il est incontestable qu'une institution de ce genre était un besoin pressant dans une ville aussi considérable que Rome, où le gouvernement se réduisait ordinairement à une faible représentation du magistrat absent. L'extension aux procès politiques de l'institution du jury présidé par un magistrat a été inaugurée par les lois déjà mentionnées

---

(1) Des explications plus complètes seront données au Liv. IV dans la Sect. relative aux *repetundae*. L'action concevable ici est la *condictio ob turpem causam*, non la *condictio furtiva* ; les *pecuniae captae* ne sont pas volées. Il faut en fait un aveuglement juridique spécial pour ne pas reconnaître que l'action de *repetundae* avec le droit d'agir du non citoyen lésé, avec la compétence du préteur pérégrin, avec l'introduction d'instance *sacramento*, avec une demande conçue comme *petere* (le demandeur s'appelle, dans la *lex* sur les *repetundae*, *is qui petit* et le défendeur *is unde petitur*) et avec une condamnation tout au plus au double du dommage, est née comme action privée de créance, renforcée par des rigueurs de procédure.

(2) Si Tibulus (p. 228 n. 4), comme le dit Cicéron, *De fin.*, 2, 16, 54, a dirigé comme préteur la *quaestio inter sicarios* et s'est laissé corrompre dans ce poste, cela ne peut pas être entendu d'une direction à titre de représentant d'un procès relevant du magistrat seul ou des magistrats et des comices et aucune indication ne porte à admettre que cette *quaestio* avait été établie par une loi d'exception.

de 644/110, 651/103 et 663/91, qui n'ont vraisemblablement pas de caractère général; l'achèvement de cette œuvre à été ensuite réalisé par Sylla qui a ainsi arraché au tribunat du peuple son moyen d'action le plus puissant. Sans abandonner le système des lois délictuelles et des cours judiciaires répressives spéciales, Sylla leur a donné une certaine cohésion et, sans supprimer à proprement parler la procédure pénale publique des magistrats et des comices, il l'a remplacée en principe par cette nouvelle forme de procès répressif.

Les différentes cours judiciaires.

D'après les lois de Sylla, il y a sept cours judiciaires dirigées par un magistrat qui fonctionnent pour les matières suivantes :

1. *Repetundae*;
2. Sacrilège et péculat;
3. Meurtre;
4. *Ambitus*;
5. Crime de lèse majesté;
6. Faux; (1)
7. Injures graves.

Y ont été ajoutées, certainement ou vraisemblablement à l'époque républicaine, celles pour

8. Violence
9. et Rapt d'hommes,

et sous Auguste celles pour

(204) 10. Adultère;
11. Usure et accaparement de céréales.

Les procès relatifs à l'usurpation du droit de cité sont d'après la loi *Papia* de 689/65 portés devant un jury dirigé par un magistrat, mais cette procédure ne rentre pas dans les *judicia publica* criminels; car il est vraisemblable que la sentence du tribunal, comme le *praejudicium* du droit civil, ne contient

---

(1) L'existence de la cour judiciaire pour le faux n'est pas expressément attestée, mais, eu égard notamment à la loi promulguée en cette matière par Sylla, il est vraisemblable qu'un préteur spécial a également été nommé à cette époque pour ce délit.

pas ici de condamnation, mais constate simplement l'existence d'un fait.

Pour chacun de ces onze délits une loi pénale et procédurale propre a été promulguée; une loi Cornelia spéciale pour 3. (avec la loi complémentaire de Pompée) 5.6.7. une loi Julia pour 1.2.4.8.10.11., la loi Fabia pour 9 et par suite chaque action pénale se fonde sur une de ces onze lois et est traitée d'après elle (1). Le cumul de plusieurs actions délictuelles était rendu impossible par la séparation des différentes cours judiciaires (2). Cette réglementation du droit criminel est théoriquement et pratiquement un progrès par rapport aux procès relevant exclusivement des magistrats et des comices dans lesquels l'omnipotence du magistrat, lorsque les comices ne prêtaient pas leur concours au procès, ou l'omnipotence comitiale, lorsque ces assemblées coopéraient à la procédure, ne laissait pas apparaître le fondement légal de l'action. La nouvelle législation criminelle, issue du droit civil, emprunta en même temps à ce dernier l'habitude de délimiter nettement les domaines d'actions (3), et même, les préteurs qui dirigèrent les cours judiciaires répressives déployèrent pour la formation du (205)
droit pénal une activité analogue à celle des préteurs civils dans leurs édits (4). Mais, dans les tribunaux souverains de l'époque

(1) Telle est la pensée contenue dans le *ex hac lege quaerere* et dans les formules correspondantes (p. 221 n. 3).

(2) Les avocats font fréquemment des incursions sur le domaine d'un délit autre que celui sur lequel porte l'action intentée et les jurés se rendent souvent leurs complices (Cicéron, *Pro Cluentio*, 34, 92), mais en droit il faut tout au moins que la sentence se restreigne au délit visé par l'action. Cicéron, *Verr.*, l. 1, 16, 43 : *suis eum certis propriisque criminibus accusabo ; Pro Cluentio*, 41, 114 : *propria lege hujus peccati* ; *ibid.*, 35, 97 : *crimen proprium quaestionis*. 37, 103 ; *Pro Cael.*, 30, 72 ; de même *Pro Rab. Post.*, 13, 37. Quintilien, *Inst.*, 3, 10, 1 (cpr. 5, 13, 5), traite du cumul de plusieurs actions pénales (*plures controversiae*), par exemple du *sacrilegium* et de l'*homicidium* : *quod nunc in publicis judiciis non accidit, quoniam praetor certa lege sortitur, principum autem et senatus cognitionibus frequens est et populi fuit.*

(3) Quintilien, *Inst.*, 7, 5, 2 : *praetorum curiosa consilia, cum de jure accusatoris ambigitur.* Nous avons déjà fait remarquer (p. 222 n. 1), qu'on procède ici plus rigoureusement qu'en droit civil et que l'*actio utilis* a un plus large champ d'application que le *crimen extraordinarium.*

(4) C'est ce que prouve le curieux *breve edictum* par lequel sous Trajan

impériale, on vit réapparaître trop facilement et trop largement la vieille imprécision juridique de la procédure pénale (1).

La présidence des préteurs.

La direction de ces jurys appartient principalement à la préture. La loi Calpurnia, qui donna à l'action en répétition du pérégrin contre le magistrat romain cette forme rigoureuse et créa ainsi les *judicia publica*, ne modifia pas la compétence, mais laissa la direction au préteur pérégrin (2); celle-ci lui est restée jusqu'à l'époque des Gracques où une préture spéciale fut établie pour les procès de *repetundae* (3). Il en fut peut être de même peu de temps après pour les procès de meurtre (4). Sylla a, en portant le nombre des préteurs à huit (5) dont deux exerçaient la juridiction civile, affecté les six autres aux six premières cours judiciaires spéciales précédemment nommées et posé en même temps comme règle constitutionnelle que tous ces préteurs devaient, comme les deux préteurs civils, rester à Rome pendant toute leur année de charge pour y administrer la justice (6). En ce qui concerne la

---

le préteur de *repetundae*, Licinius Nepos, rappelait un sénatus-consulte plus ancien sur les honoraires des avocats et en recommandait instamment l'observation (Pline, *Ep.*, 5, 4 [21]). A vrai dire il fut alors tourné en dérision comme un réformateur attardé, mais ces édits ont dû à l'époque antérieure avoir de l'importance même en droit pénal. L'appellation *breve edictum*, étant donné surtout que dans le cas présent on critique la prolixité de l'édit, rend vraisemblable la conjecture d'après laquelle les préteurs des *quaestiones* auraient aussi, lors de leur entrée en charge, rendu des *edicta tralaticia*, donc des édits détaillés.

(1) Ce fait important est indiqué par Quintilien, *Inst.*, 3, 10, 1 (p. 237 n. 2), il l'est aussi chez le même 5, 13, 5, lorsque celui-ci désigne, non pas il est vrai les consuls et l'empereur, mais le dictateur César et les triumvirs comme *judices, qui nulla certa pronuntiandi forma tenentur*.

(2) *Lex repetundarum*, l. 12.

(3) Le fait que la *lex repetundarum* de 631 ou 632 confère au préteur pérégrin la première nomination de jurés, tandis que les lois postérieures donnent ce pouvoir au *praetor cujus ex hac lege quaestio est*, ne peut être interprété qu'en ce sens, bien que la disposition expresse créant un *praetor repetundis*, vraisemblablement une autre loi promulguée à la même époque, ne nous soit pas parvenue.

(4) Cpr. à ce sujet la Section relative au meurtre. La *quaestio* pour péculat est aussi vraisemblablement antérieure à Sylla.

(5) *St. R.*, 2, 200 [*Dr. publ.*, 3, 229]. Il est difficile qu'il ait créé six nouvelles prétures, puisqu'on rencontre déjà avant lui au moins un *praetor repetundis* spécial.

(6) *St. R.*, 2, 200. 214. 241. [*Dr. publ.*, 3, 229. 245. 288].

délégation des pouvoirs, on applique ici la règle en vigueur pour (206) les charges municipales en général, d'après laquelle ce mandat ne dépend pas de la volonté des magistrats (1), mais doit et peut avoir lieu lorsque la loi le prescrit (2) ou le permet (3).

La présidence des *quaesitores*.

— Il arriva toutefois que les préteurs furent en nombre insuffisant pour que les présidences de *quaestiones* fussent toujours occupées par ces magistrats. En particulier, les procès de meurtre, incontestablement les plus fréquentes et les plus importantes de toutes les affaires criminelles publiques à l'époque républicaine, ne pouvaient pas être confiés à un seul chef de jury. Nous montrerons dans la Section du Livre IV relative à ce crime que le procès de meurtre, lorsqu'il eût été renvoyé à des jurés, pût à l'époque ancienne être confié à l'un d'eux en qualité de *quaesitor*, de telle manière qu'il exerçât l'*imperium* juridictionnel comme le préteur lui-même; plus tard, déjà même avant Sylla, des dirigeants quasi magistrats, des *ædilicii*, présidèrent dans l'année qui suivait celle de leur charge le procès de meurtre sous le nom de *judices* de cette *quaestio* avec un pouvoir de magistrat de même nature que celui du préteur. Dans le procès d'injure et dans celui de violence, la direction fut également, comme nous le montrerons aussi dans le Livre IV, déférée au préteur urbain de telle manière qu'il pût transmettre, de la même façon que cela avait eu lieu au début dans les affaires de meurtre, chaque procès isolé à un *quaesitor* choisi parmi les jurés. Mention est faite du tirage au sort pour le choix du *quaesitor* (4) ; mais ce procédé n'a peut-

---

(1) *St. R.*, 1, 221 et sv., 661 et sv. [*Dr. Publ.*, 1, 251 et sv., 2, 340 et sv.] Papinien, *Dig.*, 1, 21, 1, *pr.* : *videntur errare magistratus, qui, cum publici judicii habeant exercitionem lege vel senatus consulto delegatam, veluti legis Juliae de adulteriis et si quae sunt aliae similes, jurisdictionem suam mandant.* Les règles posées pour la délégation de la juridiction civile (*Dig.*, 2, 1, 16. 17) n'entrent pas ici en ligne de compte.

(2) Cette règle trouvera son application pour l'institution du *quaesitor*.

(3) D'après Papinien, *loc. cit.*, la loi *Julia* sur la violence permet au préteur (urbain) qui doit s'absenter de nommer un représentant. Cette particularité s'explique par la rapidité requise dans cette procédure. La délégation collégiale (*St. R.*. 1, 224. 670 [*Dr. publ.*, 1, 255 ; 2, 350]) peut aussi avoir été permise entre les différents préteurs.

(4) *Schol. Bob.* sur *In Vatin.*, 14, 34, p. 323.

être pas été d'application générale. Il est également vraisemblable que dans les autres *quaestiones*, quoique la présidence personnelle du préteur y fût aussi de règle, on admit à titre subsidiaire la nomination d'un *quaesitor* (1). Il est à conjecturer que l'augmentation importante du nombre des préteurs par César et Auguste a eu sa répercussion sur la législation républicaine en cette matière ; mais aucune indication ne nous est parvenue à cet égard. — Comme chacune de ces cours
(207) judiciaires était créée par une résolution populaire, les particuliers qui éventuellement devaient ou pouvaient les présider recevaient par une clause de la loi l'*imperium* juridictionnel qui ne pouvait leur être procuré par simple délégation (2). — La même chose a eu lieu pour les *quaestiones* spéciales précédemment énumérées, dans la mesure où nous sommes renseignés sur leurs présidents. Dans l'affaire de 613/141 (p. 228 n. 4), la plus ancienne après celle de M. Popilius Lenas de 582/172 (p. 199 n. 1), la nomination du chef du jury est conférée par la loi Mucia au Sénat et celui-ci confie cette mission au consul. Dans les affaires postérieures, tout d'abord dans le célèbre procès des Vestales de 641/113, il y a le plus souvent (3), en conformité à la loi qui établit la *quaestio*, nomination par élection populaire d'un ou de plusieurs *quaesitores* auxquels l'*imperium* nécessaire était évidemment transporté par des lois spéciales. — Ces lois ont également pris soin par des clauses appropriées que le procès ainsi traité ne fût pas, comme cela aurait pu arriver sans une telle disposition, (4) lié à la charge du magis-

La présidence dans les *quaestiones* exceptionnelles.

(1) *St. R.*, 2, 584, n. 2 et 4 [*Dr. publ.*, 4, 290, n. 3. 291, n. 1].

(2) Nous avons bien pour le *judex quaestionis*, mais non pas d'une manière générale pour le *quaesitor* simple particulier, la preuve positive que le président du *judicium publicum*, lorsqu'il n'était pas préteur, avait l'*imperium* juridictionnel.

(3) Dans le cas du plébiscite de Fufius, le Sénat fut vraisemblablement cause qu'aucune élection populaire n'eût lieu et que le préteur urbain fonctionnât comme *quaesitor*.

(4) Le jury établi d'après la plus ancienne loi relative à une *quaestio* spéciale, c'est-à-dire d'après la loi Marcia de 582/172 (p. 199 n. 1), fut rendu inutile par ce fait que le préteur qui le présidait fixa la comparution finale au premier jour après sa sortie de charge de telle façon

trat qui le dirigeait de façon à ne subsister qu'avec lui et à devenir caduc lors de la cessation de sa fonction ; elles ont pour le cas de vacance de la charge transmis au successeur les pouvoirs qui appartenaient à son prédécesseur (1).

Des directeurs de jury précédemment nommés, les *aedilicii* utilisés dans les procès de meurtre ont été les seuls présidents de *quaestiones*, en dehors des préteurs, à porter un titre officiel ; l'*aedilicius* appelé à cette fonction reçoit comme désignation complète le nom de *judex quaesitionis rerum capitalium* (2). Les autres présidents, qui tous ne sont nommés que (208)
pour un procès isolé ou pour un groupe de procès, ne reçoivent pas de titre officiel ; la dénomination énonciative de *quaesitor* est attribuée à tous les présidents, qu'ils soient magistrats ou non (3).

Rôle du président.

Nous avons déjà exposé (p. 216) que le terme *quaerere* avec ses dérivés, qui caractérise cette procédure en général et a

que cette nullité de citation mit fin au procès qui reposait sur son *imperium* (Tite-Live, 42, 22).

(1) La *lex repetundarum*, l. 27, dispose dans ce but : *eisdem joudices unius rei in perpetuom sient.* Par conséquent le procès persiste malgré le changement de magistrat (Cicéron, *Verr.*, act. 1, 10. 18) et le magistrat peut, si rien d'autre ne s'y oppose, accueillir encore une action même au dernier jour de sa charge (Plutarque, *Cic.*, 9).

(2) *C. I. L*, V, 862. Cpr. *Dig.*, 48, 8, 1, 1 : *qui magistratus judexve quaestionis ob capitalem causam pecuniam acceperit, ut publica lege reus fieret.* Il s'appelle habituellement *judex quaestionis* ou *quaestionum. St. R.*, 2, 586 [*Dr. publ.*, 4, 293].

(3) *Rhet. ad Her.*, 4, 35, 47, extrait d'un discours adressé à L. Cassius et prononcé probablement par Crassus dans le procès des Vestales : *accusatoris officium est inferre crimina, defensoris diluere et propulsare, testis dicere quae sciat aut audierit, quaesitoris est unumquemque horum in officio suo continere.* On n'a pas besoin d'autres témoignages pour établir l'emploi de ce mot au regard du président non magistrat ; on ne trouve pas *quaestor* dans ce sens (*St. R.*, 2, 223, n. 4 [*Dr. publ.*, 3, 256, n. 4]). *Quaesitor* est appliqué au préteur chez Cicéron, *Verr.*, act. 1, 10, 29 ; *Pro Font.*, 10, 21 ; aussi *In Vat.*, 14, 34 (*St. R.*, 2, 223, n. 4 [*Dr. publ.*, 3, 256, n. 4]) et au dictateur chez Tite-Live, 9, 26, 12. Dans la loi *Cornelia* sur le meurtre, la formule (*Dig.*, 48, 8, 1, *pr.*) : *cum magistratus esset publicove judicio praeesset* (ou *quaestioni praeesse*, Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 30, 85 et ailleurs) embrasse tous les *quaesitores. Judicium publicum exercere* a la même valeur (Cicéron, *Verr.*, 1. 1, 60, 155. *Pro Arch.*, 2, 3. 12, 32. *Pro Cael.*, 1, 1. Asconius, *In Cornel.*, p. 62. Paul, *Dig.*, 48, 1, 8 ; de même, Varron, *De l. L.*, 5, 81 : *quaestionum judicia exercere*).

pour elle une valeur technique, s'applique au président. Mais même les expressions *judicare* et *judex* ne sont pas usitées uniquement au regard des jurés, on les rencontre aussi à propos des chefs de jurys. En vérité, elles ne s'appliquent pas seulement au président de rang inférieur qui fonctionne dans le procès de meurtre et pour lequel elles se sont affirmées sous la forme d'un titre; elles sont également employées aux débuts de cette institution pour désigner le préteur président (1). L'emploi de ces mots au regard du président vient probablement de ce que celui-ci opine avec les juges dans ces tribunaux (2), ce qui est certain pour une série de cas (3) et vraisemblable pour les autres.

(209) Les jurés (4) passèrent du procès privé, où la décision effective

---

(1) La preuve que dans la *lex repetundarum* le préteur s'appelle *judex* nous est notamment donnée par la l. 19 : *ad judicem, in eum annum quei ex h. l. [factus] erit, in jous educito nomenque ejus deferto.* Il y a lieu aussi d'admettre le même sens dans les l. 60-64 (ce que j'ai méconnu autrefois dans *St. R.*, 2, 587, n. 1 [*Dr. publ.*, 4, 293, n. 2]). Par contre dans les l. 42-44 le mot *judex* désigne le *judex unus*. La loi ne connaît pas de chef des jurés. — Il n'y a pas d'autres preuves pour cet usage du langage et celui-ci est évidemment tombé de bonne heure en désuétude, parce que le droit de vote du président s'efface devant son rôle de président et que par suite les différences entre les jurés et le président sont plus importantes que les ressemblances.

(2) Il n'y a en fait aucune preuve pour l'opinion contraire traditionnelle, que j'ai admise également dans le *St. R.*, 2, 666, n. 2. [*Dr. publ.*, 4, 383, n. 3.] L'usage du langage lui est d'une manière générale contraire. *Judex* n'est jamais employé que pour le juge qui décide seul ou qui prend au moins part au jugement ; cette appellation ne convient pas au magistrat qui dirige seulement le procès et elle est donnée, comme nous l'avons montré, non seulement au fonctionnaire secondaire dans le procès de meurtre, mais aussi au préteur.

(3) Il n'est pas besoin de prouver que le *quaesitor* pris parmi les jurés vote avec eux. Il est également évident que dans le tribunal spécial organisé pour juger Milon (p. 231 n. 1) le *quaesitor* Ahenobarbus concourt au vote et qu'avec lui la décurie sénatoriale a une voix de plus qui est enlevée à la décurie des *tribuni*. Mais surtout le chiffre de 50 juges votants fixé pour le procès de *repetundae* ne se conçoit qu'en comprenant la voix du président.

(4) Les questions relatives à la composition des listes de jurés, aussi importantes au point de vue politique que difficiles, ne peuvent pas faire en droit pénal l'objet d'un examen suffisant. Pour les arguments et pour des indications plus précises nous devons renvoyer au *St. R.* 3, 527 et sv. [*Dr. publ.*, 6, 2, 131 et sv.].

Les Jurés et leur rang social.

leur appartenait depuis longtemps, dans cette nouvelle forme d'action (1). Rien ne fut tout d'abord modifié dans les conditions de rang social requises d'eux avec cette seule différence qu'on laissa de côté pour ces procès importants la procédure des récupérateurs (2). Au début, tout juré employé dans ces procès fut sénateur et la dénomination de *judex* y fut seule usitée (3). De même que pour les actions portées à Rome devant les préteurs civils, on s'est également servi jusqu'à l'époque de C. Gracchus, pour les jurys dirigés par un magistrat, de la liste de sénateurs comptant normalement 300 noms. La division du Sénat en dix sections ou décuries y a été également utilisée (4). C. Gracchus remplaça pour la liste de jurés le tableau sénatorial par celui des possessseurs du cheval public comprenant normalement 1800 noms et duquel étaient exclus les sénateurs. Malgré les nombreux efforts faits par la vieille aristocra- (210)
tie pour modifier cet état de choses, ce système est resté en vigueur jusqu'au temps de Sylla (5). Il n'est nulle part question

(1) La même liste de jurés a servi à Rome à toutes les époques pour les *judicia privata* comme pour les *judicia publica*. (Le sénatus-consulte chez Frontin, *De aq.*, 101 permet aux *curatores aquarum* de siéger *judiciis privatis publicisque*; Inscription d'Hasta du temps de Tibère, *C. I. L.*, V, 7567 : *judex de IIII decuriis eques selectorum publicis privatisque*; *St. R.*, 3, 528, n. 1 [*Dr. publ.*, 6, 2, 131, n. 3]).

(2) La nomination, qui eut certainement lieu à titre exceptionnel, de récupérateurs *ex ordine senatorio* (p. 206 n. 1) pour occuper les sièges du tribunal de 583/171 chargé de préparer le procès de *repetundae*, est significative en ce sens.

(3) P. 205. Il n'y a pas eu apparemment de titre pour désigner le juré, aussi longtemps que cette qualité se lia au rang de sénateur ou de chevalier. Depuis la loi Aurélia, qui créait les trois (plus tard quatre ou cinq) décuries, le juré est désigné comme *adlectus in* (chiffre) *decurias Romae legitumae judicantium* (ainsi l'inscription de Taracco, *C. I. L.*, II 4223; formules modifiées : *St. R.*, 3, 528, n. 2. p. 536, n. 2 [*Dr. publ.*, 6, 2, 132, n. 1., p. 141, n. 2]). On trouve aussi *album judicum* (Suétone, *Tib.*, 50, *Claud.*, 16 ; *C. I. L.*, IV, 1943 : *non est ex albo judex patre Aegyptio.* La modification chez Asconius p. 39 est suspecte, parce qu'il s'agit ici d'une *quaestio* spéciale).

(4) *St. R.* 3, 529 et sv [*Dr. publ.*, 6, 2, 132 et sv]. (cpr. p. 851 [7, 21]), où les autres indications sont aussi prouvées.

(5) La loi de C. Gracchus sur les *repetundae* va encore plus loin puisqu'elle exclut aussi, en dehors du sénateur, celui qui a siégé au Sénat ou qui ayant revêtu une magistrature inférieure a l'espoir d'y siéger et en outre les pères, frères et fils des sénateurs. *St. R.*, 3, 531, n. 1 [*Dr. publ.*, 6, 2, 135, n. 1].

de divisions de la liste des chevaliers. Sylla a en 673/81 rendu au Sénat son ancien droit et l'ancienne division en décuries est ainsi rentrée en vigueur. Il a en même temps porté le nombre des sénateurs environ au double. La loi Aurélia de 684/70 introduisit une liste spéciale de jurés comprenant 900 noms, renouvelée chaque année et exposée publiquement au siège du tribunal (1). De cette liste un tiers ou la première décurie, selon le nom actuellement donné à ces divisions, était pris parmi les sénateurs, le second tiers ou la seconde décurie parmi les possesseurs du cheval public et le dernier tiers ou la troisième décurie parmi les *tribuni aerarii* qui n'avaient pas, il est vrai, le cheval public, mais qui possédaient du moins ordinairement le cens équestre, de telle façon que dans ce compromis des partis la tendance des Gracques triomphait (2). Le dictateur César a exclu ces tribuns de la liste, mais la dénomination de ces trois décuries avec un nombre égal de jurés a été conservée sans qu'on puisse indiquer leur division actuelle (3). Depuis lors on a nommé exclusivement aux postes de jurés des sénateurs ou des possesseurs du cheval public, régulièrement des propriétaires fonciers (4), avec cette seule modification qu'Auguste et Caligula ont ajouté pour les procès de moindre importance deux autres décuries de jurés soumises pour leur recrutement à des conditions de rang moins rigoureuses. Le nombre des jurés des deux catégories supérieures s'élevait sous Auguste au chiffre normal de 1000 pour chaque décurie. Les sénateurs, qui appartenaient peut-être tous en

---

(1) Cicéron, *Pro Cluentio*, 43, 121 : *praetores urbani... jurati debent optimum quemque in lectos judices referre*. Cpr. *St. R.*, 2, 585 [*Dr. publ.*, 4, 290] et pour les conditions d'aptitude requises des jurés par la loi de Pompée de 699/55, *ibid.* t. 3, 534, n. 2 [t. 6, 2, 138, n. 4].

(2) Dans le projet de loi non adopté que Cicéron mentionne *Pro Plancio*, 17, 41 (p. 252, n. 1), il semble qu'on ait proposé l'exclusion de la décurie des sénateurs.

(3) Les inscriptions nous apprennent que des chevaliers siègent aussi dans la première décurie (*St. R.*, 3, 535, n. 3 [*Dr. publ.* 6, 2, p. 140, n. 2] avec la correction *ibid.* p. 897, n. 3 [*Dr. publ.*, 6, 2, 489, n. 1]).

(4) Quintilien, 4, 2, 45 : *judicem rura plerumque in decurias mittunt*; 12, 10, 53 : *indocti saepius atque interim rustici*.

droit à cette liste, prenaient tout au plus le tiers de ces places (211)
depuis la réduction des sièges du sénat accomplie par Auguste (1). La liste de jurés a, ainsi qu'on peut le prouver, subsisté dans cette forme jusque vers la fin du IIe siècle ap. J. C. — Le soin d'établir la liste générale de jurés qui, depuis la promulgation de la loi Aurélia, incombait chaque année au préteur urbain (2) a passé sous le Principat au gouvernement (3).

Listes spéciales de jurés pour les différentes *quaestiones.*

Cette liste d'ensemble a tout d'abord servi au préteur urbain et au préteur pérégrin pour la constitution des jurys et, dans la mesure où l'organisation des *judicia publica* appartenait au préteur urbain, c'est à dire dans les procès pour cause d'injures graves et pour cause de violence, elle a également été utilisée de la même manière (4). Mais il est vraisemblable qu'en dehors de là on a ordinairement (5) appliqué le procédé prescrit par la loi de C. Gracchus pour les *repetundae* : le préteur qui dirigeait le tribunal des *repetundae* choisissait dans la liste générale des jurés — alors la liste des 1800 possesseurs du cheval public — 450 noms en vue du service du jury pour ses procès et pour son année de charge; il les affichait ensuite à son tribunal (6). On a probablement pris des mesures quelconques pour éviter le plus possible tout conflit entre le service dû à raison de ces listes spéciales et le service dû en vertu

(1) Pline, *H. n.*, 29, 1, 18 : *decuriae... censuris principum examinantur... et qui de nummo judicet a Gadibus... arcessitur, de exilio vero non nisi de* (manque dans l'autre classe de manuscrits) *XLV electis viris datur tabella* paraît opposer les jurés simplement compétents pour les procès civils (il est difficile que ce soient simplement les *ducenarii*) à la classe plus élevée de ceux qui sont compétents même pour les procès criminels et indiquer leur nombre total. Mais c'est une question de savoir quel est le chiffre caché dans le *de XLV*. Peut-être est-ce *DCXLV*? Il semble ressortir de ce qu'Aulu-Gelle dit de lui-même (14, 1, 1) : *a praetoribus lectus in judices sum, ut judicia quae appellantur privata susciperem,* qu'une liste spéciale était aussi établie pour les procès civils à l'époque impériale.

(2) P. 244 n. 1. *St. R.*, 2, 228. 3, 533 [*Dr. publ.*, 3, 262. 6, 2, 137].

(3) *St. R.*, 3, 536 [*Dr. publ.*, 6, 2, 141].

(4) Cpr. dans le Liv. IV les Sections relatives à ces matières.

(5) Il est possible qu'à l'époque impériale une liste particulière ait été aussi établie pour les procès civils (n. 1).

(6) *Lex repetundarum*, l. 14. 15 : *in tabula in albo atramento scriptos patrem tribum cognomenque tributimque discriptos habeto.*

de la liste principale ; nous ne sommes pas renseignés sur ce point. — Des listes de jurés particulières, indépendantes de la liste d'ensemble, ont été faites pour différents procès spéciaux.
(212) C'est ainsi que pour les actions qui devaient être exercées d'après la loi Varia une liste de 525 jurés fut, conformément au plébiscite de 663/91, établie par des élections populaires (p. 230 n. 1) chacune des 35 tribus nommant 15 jurés abstraction faite de toute condition de rang. Une liste spéciale fut encore établie en vertu de la loi de Pompée de 702/52 (p. 231 n. 1) qui ordonnait au consul Pompée de désigner, sans tenir compte de la liste d'ensemble, 120 jurés de chacune des trois classes. Une tentative semblable, faite lors de la loi Fufia de 693/61 (p. 230 n. 2) échoua (1). Il est possible que des listes particulières de ce genre aient été établies même pour différentes cours judiciaires permanentes ; mais aucun cas de cette sorte ne nous a été transmis.

Conditions d'aptitude requises des jurés.

En dehors des conditions de rang précédemment indiquées, il y a pour la fonction de juré des conditions d'aptitude qui sont légalement requises tant par les lois spéciales qui règissent les différentes *quaestiones* que par la loi Aurélia pour la liste principale. Les clauses d'exclusion sont soumises en général aux mêmes règles que dans la procédure civile (2) ; il y a lieu de relever à cet égard les limites d'âge et l'exclusion des forains. — Pour être apte à devenir juré il faut, au début de l'époque républicaine, avoir 30 ans accomplis (3) et, d'après la loi Aurélia, 35 ans également accomplis ; Auguste a de nouveau fixé la limite à 30 ans (4). L'indication de l'âge de 60 ans comme

---

(1) Le fait décisif pour l'issue du procès fut d'après Cicéron, *Ad Att.*, 1, 16, 2, que la loi Fufia, s'écartait de la proposition consulaire *in judicum genere, in eo autem erant omnia.*

(2) D'après la loi sur les *repetundae* de C. Gracchus dans la mesure où elle est conservée (l. 12-14, 16, 17, 23), sont exclus, en dehors des catégories mentionnées au texte, les personnes écartées du Sénat à raison d'une condamnation pénale ou condamnées pour cause de *repetundae* et en outre, semble-t-il, ceux qui ont figuré comme mercenaires dans un combat public de gladiateurs.

(3) Loi sur les *repetundae*, l. 13. 17.

(4) Suétone, *Aug.*, 32 : *judices a tricensimo aetatis anno adlegit, id est quin-*

limite opposée doit être entendue en ce sens qu'à partir de cet âge la fonction de juré peut être refusée (1). — En ce qui (213) concerne l'exclusion des forains, il est à remarquer qu'on ne peut à l'époque républicaine porter sur la liste des jurés que ceux qui ont leur domicile à Rome et qui au moment de l'établissement de la liste séjournent en Italie (2). Sous le Principat, on n'a plus tenu compte du domicile et on a porté sur les listes de jurés et appelé à siéger dans les tribunaux urbains un grand nombre de sujets italiques et de provinciaux, surtout lorsqu'ils étaient de contrées voisines de Rome et appartenaient aux territoires de langue latine (3). Mais quiconque n'était pas né citoyen était écarté du service du jury (4).

Formation du jury pour chaque procès particulier.

Tout procès particulier est sans exception tranché par un important collège de jurés. Il y a là une opposition très nette au système de l'*unus judex* qui fonctionne originairement pour l'action privée; à cet égard, la nouvelle procédure ne se rattache pas au procès de récupérateurs, mais au tribunal domestique et à la procédure privée et publique qui en est sortie et dans laquelle le magistrat président était considéré et désigné comme juge et les jurés qui l'assistaient comme son « conseil » *consilium* (5). Dans la procédure d'accusation, l'adjonction de ces conseillers est légalement réglée et l'activité du magistrat est restreinte en principe à la direction de la procédure, tandis que la décision, tant sur l'affaire elle même que sur les

---

quennio maturius quam solebant, où l'on ne peut rien changer; la fixation de l'âge de 35 ans doit remonter à la loi Aurelia. La législation postérieure exige qu'on ait 20 ans pour se charger d'un arbitrage (Ulpien, *Dig.*, 42, 1, 57); on comprend que l'intervention des mineurs de 25 ans ait été ici admise. Cpr. *St. R.*, 3, 534, n. 1 [*Dr. publ.*, 6, 2, 138, n. 3].

(1) *Lex repetundarum, loc. cit. St. R.*, 2, 409, n. 6 [*Dr. publ.*, 4, 91, n. 6]. Le *jus liberorum* (*Vat. fr.*, 197. 198. Suétone, *Claud.*, 15) et l'enseignement public (*Dig.*, 27, 1, 6, 8) libèrent aussi de la fonction de juré.

(2) *Lex repetundarum, loc. cit.*

(3) *St. R.*, 3, 537 [*Dr. public.*, 6, 2, 142-143]. Cpr. Tacite, *Ann.*, 16, 27.

(4) *St. R.*, 3, 537. 538 [*Dr. publ.*, 6, 2, 142. 143].

(5) *Lex repetundarum*, l. 60: *eiei judicei consilioque eum majorei pa[rti]*. l. 57: *de consili majoris partis sententia*. Cicéron, *Pro Sex. Rosc.*, 52, 151: *hoc quod majores consilium publicum vocari voluerunt*; *Pro Caec.*, 10, 29: *consilium publicae quaestionis*. D'autres preuves ne sont pas nécessaires.

questions incidentes les plus importantes, n'appartient pas plus au président qu'à chacun des jurés. Le maintien de leur désignation comme « conseil » n'est qu'une réminiscence et une conception de la nouvelle situation des magistrats, pleine de déférence pour ceux-ci.

Lorsqu'on forme le *consilium* pour chaque procès particulier, on exclut les parents de l'accusé ainsi que ceux qui lui sont unis par des liens de collégialité ou de sodalité ; il est en outre de règle que plusieurs personnes de la même *domus* ne doivent pas siéger ensemble comme jurés (1). Il appartint vraisemblablement au *quaesitor* d'empêcher l'admission de telles personnes et éventuellement de les écarter du *consilium*.
(214) Le juré pouvait s'excuser à raison d'une cause suffisante et le *consilium* se prononçait sur l'acceptation de l'excuse (2).

Proposition et rejet.

La constitution du *consilium* lui même s'accomplissait généralement par l'établissement d'une liste plus restreinte, extraite de la liste générale et comprenant les personnes disponibles pour le procès. Cette liste était alors ramenée au nombre de voix fixé pour chaque action par la loi judiciaire. Cette réduction s'opérait par application du droit de récusation (*rejectio*) qui appartenait aux parties et que celles-ci n'étaient sans doute pas appelées à excercer vis à vis de la liste d'ensemble. Elle pouvait être réalisée de manières très différentes ; manifestement, les différentes lois ont été maintes fois dissemblables et il n'est pas possible d'expliquer d'une manière sûre toutes les indications que l'on rencontre à cet égard, notamment dans les discours de Cicéron. On reconnaît toutefois que la liste restreinte était constituée d'après un double principe,

---

(1) *Lex repetundarum*, l. 20-22. *Dig.*, 47, 10, 5, *pr.*

(2) Cicéron, *Phil.*, 5, 5, 14 : *accipietne excusationem is qui quaestioni praeerit?* Tacite, *Dial.*, 5 : *antequam me judicem Aper recuset, faciam, quod probi et modesti judices solent, ut in iis cognitionibus se excusent, in quibus manifestum est alteram apud eos partem gratia praevalere.* Dans la loi Tullia sur l'*ambitus* l'excuse — celle du juré, semble-t-il — pour cause de maladie est frappée d'une peine (Cicéron, *Pro Mur.*, 23, 47). La *multa suprema* qui, d'après la *lex repetundarum*, doit être infligée aux jurés et la *multae dictio* prononcée encore sous Trajan contre le juré sénatorial qui fait défaut, ont été mentionnées à propos de la coercition (p. 57 n. 2).

d'abord par tirage au sort ou par une autre procédure indépendante de la volonté du demandeur, système qui doit avoir été la règle, ou bien par un procédé plus rigoureux consistant dans une désignation (*editio*), laissée à la discrétion du demandeur, d'un certain nombre de personnes appelées à constituer le *consilium*. Après l'indroduction par la loi Aurélia de trois classes dans la liste des jurés, cette division tripartite dut toujours être observée dans chaque procès particulier et tout *consilium* dut donc se composer, abstraction faite peut-être du *quaesitor* (p 231 n. 1), du même nombre de sénateurs, de chevaliers et de *tribuni aerarii*. On ne sait pas si, après la suppression de cette dernière catégorie, les *consilia* se sont encore composés de différentes décuries ou quel a été en cas contraire le système adopté.

Sortitio. Il est vraisemblable que la liste de proposition a, toujours au début et ordinairement dans la suite, été constituée par voie de tirage au sort. Lorsque les fonctions de jurés appartenaient au Sénat, il est vraisemblable qu'on tirait une de ses décuries au sort pour la formation du jury (1). Les deux par- (215)
ties avaient vis à vis de la liste de proposition un droit de récusation. Celui-ci s'exerçait d'après le droit de Sylla dans les conditions suivantes : le défendeur choisissait définitivement un certain nombre de jurés pour le *consilium* (2), en rejetait (3)

(1) Dans le procès de Verrès, Cicéron dispose pour la formation du tribunal d'une décurie du Sénat (l. 1. *fin.*; cpr., 3, 11, 28) ; ses droits d'accusateur sont ici réduits par le passage de différents juges dans d'autres *consilia* où ils étaient appelés pour combler des vides qui s'étaient produits. On peut également citer en ce sens *Pro Cluentio*, 37, 103. Le *consilium* lui-même est formé par voie de tirage au sort (*act.*, 1, 6, 16), ce que réclame aussi le mot *subsortitio* (p. 252, n. 4). Rien ne s'oppose à ce que plusieurs procès échoient en même temps à la même décurie (Cicéron, *Pro Cluentio*, 22, 59).

(2) Cicéron, *Verr.*, l. 1. 7, 18 : (*Verres*) *cum P. Galbam judicem rejecisset, M. Lucretium retinuit et cum ejus patronus ex eo quaereret, cur suos familiarissimos... reici passus esset respondit, quod eos in judicando nimium sui juris sententiaeque cognosset.* L'accusé pouvait donc désigner un certain nombre de jurés, sans que l'accusateur pût l'en empêcher.

(3) Le droit de récusation de l'accusé est mentionné *Verr.*, 1, 7, 18. 3, 41, 97. 5, 44, 114.

définitivement quelques autres, trois, s'il n'était pas sénateur (1), plus, s'il était sénateur ; l'accusateur récusait ensuite certains des jurés restants de façon à ne garder de ceux-ci que le nombre nécessaire pour arriver au chiffre normal (2). Ce procédé, organisé apparemment en faveur de l'accusé, fut exactement suivi pour les *consilia* sénatoriaux. Il n'a pas été appliqué aux tribunaux de chevaliers ni aux tribunaux mixtes ; mais nous ne sommes pas, pour ces derniers, suffisamment renseignés sur la formation des *consilia* ordinaires. Ils ont vraisemblablement été tirés de la liste d'ensemble de la manière suivante : une quantité de noms, supérieure au chiffre prescrit, ont été séparés des autres par voie de tirage au sort (3) et le
(216) *consilium* a été établi à la suite de la récusation excercée librement par chacune des parties jusqu'à concurrence d'un certain maximum (4). Nous ne sommes informés d'une ma-

---

(1) Cicéron, *Verr.*, l. 2, 31, 77 : *quibus* (du non sénateur) *ne reiciendi quidem amplius quam trium judicum praeclarae leges Corneliae faciunt potestatem.*

(2) L'accusé laisse figurer cette troisième catégorie sur la liste (*retinere*, p. 249, n. 2) ; l'accusateur peut les récuser (*reicere* : *Verr.*, l. 1, 7, 18. *Act.*, 1, 6, 16) ou les laisser sur la liste (*retinere* : *Verr.*, *Act.*, 1, 10, 31) et par conséquent les choisir comme jurés, ainsi que le dit Cicéron avec quelque hyperbole (*Pro Sex. Roscio*, 3, 8 : *in hoc consilium delecti estis propter severitatem* ; 52, 151 ; de même *Verr.*, 5, 68, 173).

(3) Cicéron, *Pro Plancio*, 17, 41, indique comme différence entre la nomination ordinaire des jurés et la nomination par voie d'*editio* que la première a lieu *ex delectis judicibus* et la seconde *ex omni populo*. Cela signifie que dans la première une liste plus restreinte est séparée de la liste principale et que dans cette opération on tient compte des causes légales d'exclusion, bien que dans l'ensemble le sort décide : tandis que dans la seconde on prend de la liste totale comme telle un certain nombre de tribus. Dans le procès dirigé contre Sylla pour cause de violence les jurés sont désignés par le défenseur (c. 33, 92) comme *ab accusatoribus delecti ad spem acerbitatis, a fortuna* (du sort, semble-t-il) *nobis ad praesidium innocentiae constituti*. On peut simplement conclure de là que la formation du *consilium* dépendait tout à la fois du hasard du tirage au sort et de la volonté du demandeur.

(4) La *rejectio judicum alternorum*, qui chez Cicéron, *Pro Plancio*, 15, 36, apparaît comme le procédé de formation du jury, vraisemblablement régulier et opposé à celui de l'*editio*, est expliquée par le passage parallèle de Cicéron, *Verr.*, l. 2, 13, 32, *alternae civitates rejectae sunt* et spécialement par la loi agraire, l. 37 : [*recuperatores ex ci*]*vibus L, quei classis primae sient, XI dato, inde alternos du*[*mtaxat quaternos* — ou *ternos* — *is quei pe-*

nière précise que relativement à la procédure suivie en vertu de la loi de Pompée de 702-52 (p. 231 n. 1). Ici, la liste de 360 noms établie spécialement pour ces procès prend la place de la liste de proposition qui sert dans le procès ordinaire ; la procédure de la preuve a lieu à titre anormal devant ces 360 hommes, puis, quand elle est terminée, on écarte 279 personnes (3×93) par tirage au sort, 15 (3×5) par la récusation du demandeur et autant par la récusation du défendeur, et ceux qui restent, c'est-à-dire 17 ou, avec l'adjonction du *quaesitor*, 18 sénateurs, 17 chevaliers et 16 *tribuni aerarii*, en tout 51 personnes, prennent part au vote.

Un procédé plus simple et mieux connu est celui de la formation du jury par l'*editio* du demandeur (1). Celle-ci est prescrite dans la *lex repetundarum* de C. Gracchus (2). Après (217)

Editio.

tet et is unde petetur quos volent reiciant facito). Cela peut simplement signifier que si onze jurés sont proposés, les parties ne peuvent procéder à la récusation, toujours exercée également par elles, tout au plus que quatre fois (ou trois fois), de telle façon qu'il ne reste sur la liste au maximum que onze jurés et tout au moins trois (ou cinq). La *rejectio judicum alternorum* est donc la récusation des jurés exercée successivement un même nombre de fois par les deux parties sous réserve d'en garder quelques-uns. Ce procédé convient aussi parfaitement à la nomination de l'*unus judex* et des petits collèges de récupérateurs qui fonctionnent dans les procès privés ; c'est même certainement de ce domaine qu'est sortie l'institution de la récusation. Les jurys provinciaux de cette catégorie sont aussi constitués par le même mode de nomination (Cicéron, *Verr.*, 3, 60, 140, *indignum uni potius ex iniquis sumendi quam utrique ex aequis reiciundi fieri potestatem*, cpr. *ibid.*, c. 11, 27. 13, 34. 29, 70). — Le projet de loi proposé par P. Vatinius en 695-59 de *alternis consiliis reiciendis* (Cicéron, *In Vat.*, 11, 27), qui embrassait toutes les *quaestiones*, peut être ainsi compris que les listes de jurés étaient divisées en *consilia* nettement formés dont trois étaient désignés par le sort avec faculté pour chaque partie d'en récuser un ; on peut, en outre, supposer que ces *consilia* contenaient un nombre de jurés supérieur à celui qui était requis pour le tribunal en question, de façon à laisser place à une récusation exercée vis-à-vis des juges pris individuellement.

(1) Lors de la loi *Tullia* de 691/63 la forme de procès par *judices editicii* fut proposée pour l'*ambitus*, mais rejetée par le sénat (Cicéron, *Pro Mur.*, 23, 47 ; c'est peut être à cela que se rapporte *Pro Plancio*, 17, 41, cpr. p. 252, n. 1). Elle fut ensuite ordonnée dans la loi Licinia pour l'*ambitus* grave, pour les *sodalicia*, et y est qualifiée de rigueur extraordinaire (*acerbum genus judicii*, Cicéron, *Pro Plancio*, 15, 36. 37). Cpr. Servius sur Virgil. *Buc.*, 3, 50.

(2) *Lex repetundarum*, l. 19 et sv. Le projet de loi, mentionné chez Ci-

que l'accusé a désigné à l'accusateur parmi les 450 personnes de la liste des *quaestiones* celles qui n'ont pas qualité pour siéger dans le procès à raison de la parenté ou pour d'autres motifs, l'accusateur choisit à son gré cent noms parmi ceux qui restent. L'accusé en écarte alors la moitié et ceux qui restent constituent avec le *quaesitor* le *consilium*. — Ce procédé apparaît avec des modifications dans la formation du *consilium* établi en 699/55 par la loi Licinia pour le cas *d'ambitus* grave. D'après cette loi, l'accusateur désigne dans la liste d'ensemble, organisée d'après les 35 tribus, quatre sections et après que l'accusé a récusé l'une d'elles, le verdict est prononcé par les jurés des trois autres (1). Cependant une décision du tribunal peut en outre permettre à l'accusé de faire jusqu'à un certain chiffre des récusations personnelles (2).

Subsortitio. Lorsqu'un jury est privé d'un de ses membres avant la fin du procès, on nomme un remplacant au siège vacant. Dans les *consilia* sénatoriaux, ce remplaçant est pris dans une autre décurie par voie de tirage au sort (3). Pour les tribunaux mixtes les renseignements manquent; on a dû y recourir à un procédé semblable. — La disparition du président n'a pas d'importance pour la procédure du jury ; le magistrat qui succède, remplace son prédécesseur dans la présidence (p. 241 n. 1).

Nombre des jurés. Le chiffre normal du *consilium* est en général plus élevé que celui des jurés dans les procès de récupérateurs (4). Il a été vraisemblablement influencé par le nombre des conseillers qui étaient habituellement invités à siéger dans les an-

---

céron, *Pro Plancio*, 17, 41 (cpr. p. 250 n. 3) présente quelque parenté avec la loi de C. Gracchus ; *nuper clarissimi cives nomen editicii judicis non tulerunt, cum ex CXXV judicibus principibus equestris ordinis LXXV reus reiceret, L referret.*

(1) Cicéron, *Pro Plancio*, 15-18 (avec les scolies p. 253. 261) et *ad Att.*, 4, 15, 9.

(2) Cicéron, *Pro Plancio*, 16, 40.

(3) Cicéron, *Verr.*, act. 1, 10, 30. l. 1, 19, 51. c. 61, 157. 158. *Pro Cluentio*, 33. 34. 35. 37, 103. 41, 113. *Pro Caec.*, 10, 29. Quintilien, 4, 2, 22. Cpr. p. 249, n. 1).

(4) Même le tribunal de récupérateurs de Tite Live 43, 2, quoique d'une grande importance politique, ne se compose que de cinq membres.

ciens et véritables *consilia* des magistrats, nombre qui dépendait de l'arbitraire de ces magistrats, mais qui semble avoir été ordinairement très important. Il a été diversement fixé dans (218)
les lois des différentes cours judiciaires, mais il a peut-être été réglé plus tard d'une manière générale par la loi *Julia* sur la procédure criminelle. Le nombre des jurés dans les *consilia* sénatoriaux a vraisemblablement été influencé par la division en décuries, la liste de la décurie du sénat désignée par le sort pour le procès était traitée comme liste de présentation. Cette liste comprenait par conséquent au début environ 30 noms, puis, en vertu de la loi de Sylla, environ 60 noms. Une partie importante de ceux-ci disparaissait à la suite des récusations. Dans un procès de l'époque de Sylla, 32 jurés ont pris part au vote (1). Nous avons précédemment fait remarquer qu'à l'époque des tribunaux de chevaliers la *lex repetundarum* de C. Gracchus fixa le nombre des jurés à 51. C'est sensiblement le même chiffre que la division par classe 3×17 nous donne dans les tribunaux mixtes tant pour les procès normaux à cause de meurtre (2) et de violence (3) que pour les procès spéciaux de la loi de Pompée (p. 231 n. 1). D'après la loi spéciale de Fufius (p. 230 n. 1) 3×17=59 jurés semblent avoir voté (4); dans les procès de *repetundae* (5) et de lèse-majesté (6) de cette

(1) Cicéron, *Pro Cluentio*, 27, 74. Dans le procès de Verrès, Cicéron désigne douze jurés par leur nom (Drumann, *Geschichte Roms*, 5, 317) et dans un mouvement oratoire il désigne huit juges comme *prope totum consilium* (*Act.*, 1, 10, 30.)

(2) Dans le procès de Procilius 700/54, 50 jurés votent (Cicéron, *Ad Att.*, 4, 15, 4). Le projet de loi mentionné p. 251, n. 1 indique aussi ce chiffre.

(3) Procès de Saufeius en vertu de la loi Plautia sur la violence : Asconius p. 55.

(4) 56 voix sont données (Cicéron, *Ad. Att.*, 1, 16, 5 ; Schol. Bob., p. 130 ; par erreur 55 chez Plutarque, *Cicero*, 29). Le chiffre effectif de 57 à admettre ici peut être ramené au minimum normal de 51, si l'on suppose que le droit de récusation (p. 250 n. 4) n'a pas été exercé jusqu'à son extrême limite.

(5) Procès de L. Valerius Flaccus en 695/59, Cicéron, *Pro Flacco*, 2, 4 (cpr. *St. R.*, 3, 193, n. 2 [*Dr. publ.*, 6, 1, 217, n. 2]). Dans le procès de M. Aemilius Scaurus en 700/54, 70 voix (22 + 23 + 25) sont données (Asconius, *In Scaur.*, p. 29).

(6) Cicéron, (*In Pis.*, 40, 96) menace Pison de la condamnation des 75

époque 3×25=75 jurés votent. Nous n'avons pas de renseignements correspondants pour l'époque du Principat.

Lorsque le *consilium* a été constitué (1), les noms des membres sont lus publiquement et affichés au siège du tribunal,
(219) comme ceux de la liste de la *quaestio* (p. 245 n. 5) (2). Le juré doit, semble-t-il, prêter deux fois le serment de remplir consciencieusement ses devoirs (3) : la première fois avant le commencement des débats, la seconde fois avant de passer à la délibération sur la sentence (4).

Tous les autres renseignements sur la forme de procès fondée par Pison : notamment l'introduction des rôles de demandeur et de défendeur dans la procédure pénale publique ; l'introduction de l'action au début dans la forme *sacramento* de la procédure civile, plus tard dans la forme de la *nominis delatio*; la division de la procédure d'instruction entre le magistrat qui préside et le demandeur, en particulier par voie de citation de témoins au nom de l'État; l'exclusion de l'intercession des tribuns contre l'exercice du *publicum judicium*; l'éxécution du jugement par le magistrat, même quand la communauté romaine n'apparaît pas comme demanderesse, ainsi que cela a lieu dans le procès de *repetundae* ; découlent bien de l'essence de la procédure du jury dirigé par un magistrat,

---

jurés. Dans le procès d'A. Gabinius en 700/54, 70 voix sont données (Cicéron, *Ad. Q. fr.* 3, 4, 1).

(1) Ce sont les *judices delecti* (Cicéron, en dehors des textes cités p. 250, n. 2, *Pro Sex. Rosc.*, 3, 8. 52, 151. Verr., Act., 1, 17, 52. l. 5, 68, 173. *Pro Mur.*, 39, 83. *In Vat.*, 11, 28), auxquels on oppose les jurés qui figurent sur la liste de proposition et qu'on appelle *selecti*.

(2) *Lex repetundarum*, l. 38 : [*nomina praetor facito in contione r*]*ecitentur, proscripta propositaque palam apud for*[*um habeto*].

(3) Cicéron, *De Inv.*, 1, 30, 48 : *religiosum est quod jurati legibus judicarunt. Pro Sex. Roscio*, 3, 8. 52, 152. *Verr.*, *Act.* 1, 10, 32. l. 1, 4, 9. *Pro Cluentio*, 10, 29. *De off.*, 3, 10, 43. *Acad.*, 2, 47, 116. Le magistrat président reçoit les serments, mais n'en prête pas lui même (*St. R.*, 2, 589, n. 6 [*Dr. publ.*, 4, 296, n. 6]).

(4) *Lex repetundarum*, l. 36. 37. 38. 44. 45. D'après les maigres fragments que nous possédons, le premier serment est prêté *ante quam primum caussa d*[*icetur*], le second [*an*]*te quam* (*in consilium*) *ibunt*, et en outre *pro rostreis in forum* [*vorsus*]. Parmi les clauses reconnaissables il faut noter la promesse de ne faire connaitre ni son vote, ni le vote d'autrui.

ou bien ne s'appliquent pas seulement à cette procédure ou se rattachent si étroitement à la procédure pénale générale, qu'il est préférable d'en réserver l'exposé pour le Livre suivant.

Décadence et Disparition du Jury. (220)

Cette procédure criminelle de la capitale s'est maintenue jusque vers la fin du IIe siècle de notre ère (1), non seulement avec le même domaine d'application, mais même vraisemblablement avec un accroissement de compétence (p. 234). Il semble, d'après ce qui sera exposé plus bas, qu'elle ait eu sa part dans l'aggravation des peines qui eut lieu au début du Principat (2) et même plus tard, elle a pu aboutir à des condamnations à mort. Cependant Pline l'ancien (p. 245 n. 1) désigne encore la compétence des jurés comme une juridiction d'exil et en règle générale les procès capitaux ont été difficilement portés devant les jurés. Ces jurys, à coté de la concurrence des tribunaux directement souverains tenus par les consuls avec la coopération du sénat et de l'empereur, ont eu à subir d'une manière sensible et souvent plus forte celle de la juridiction indirectement impériale du préfet de la ville (3). Ils se

(1) Les preuves pour l'époque de la dynastie Julia-Claudia sont nombreuses (Suétone, *Aug.*, 56. *Tib.*, 8. 33. 58. Dion, 54, 3. 30. Tacite, *Ann.*, 1, 72. 75. 2, 79. Sénèque, *Apocol.*, 13) ; la formation de *quaestiones* par voie de tirage au sort est mentionnée pour l'an 33 (Tacite, *Ann.*, 6, 16). A l'époque postérieure les *quaestiones* sont mentionnées chez Quintilien, *Inst.*, 3, 10, 1 (p. 237 n. 2). 4, 1, 21. c. 2, 45. 7, 5, 2 (p. 237, n. 3). 11, 3, 130, qui, dans la mesure où il ne s'occupe pas de controverses de rhéteurs, objet prépondérant de ses recherches, considère surtout en matière de procès criminels les accusations de la capitale ; chez Pline, *Ep.*, 4, 29. 5, 21 (p. 237, n. 4) ; chez Juvénal, 11, 2 : *se judice nemo nocens absolvitur, improba quamvis gratia fallaci praetoris vicerit urna.* On s'explique bien que les derniers vestiges de l'éloquence judiciaire ne se rencontrent alors que dans les procès portés devant les centumvirs ; car, dans ces affaires, les clients appartenaient à un milieu plus relevé que celui des clients des affaires criminelles, dépourvues désormais de tout caractère politique.

(2) Rien n'indique que les procès capitaux mentionnés chez Quintilien, 4, 1, 57. c. 2, 122. 8, 3, 14. 11, 1, 44. 12, 10, 70, aient tous été de la compétence du sénat.

(3) Sous Néron (Tacite, *Ann.*, 14, 41) une personne est punie, *quod reos, ne apud praefectum urbis arguerentur, ad praetorem detulisset, interim specie legum, mox praevaricando ultionem elusurus.* L'empereur Claude jugeait le plus souvent lui-même ou prenait place dans les tribunaux des magistrats ; les textes mentionnent surtout cette intervention pour des affaires de tutelles et des affaires fiscales, sans exclure les instances devant les

sont cependant maintenus à côté de celle-ci dans une certaine indépendance, ils ont notamment échappé à l'appel à l'empereur qui s'appliquait seulement à l'acte du magistrat, mais non au verdict des jurés (1). Les inscriptions nous donnent en abondance jusqu'à l'époque de Marc Aurèle des preuves de nominations à la charge honorifique de juré (2). Cet empereur a de nouveau enlevé aux cours judiciaires de Rome les procès capitaux (3) et à partir de là elles n'ont plus eu qu'une im-

---

préteurs des *quaestiones* de telle façon qu'il restait peu de procès pour les autres tribunaux, c'est-à-dire, semble-t-il, pour ceux des préfets de la ville, de l'annone et des vigiles (Dion, 60, 4).

(1) Cette restriction de l'*appellatio* impériale n'est pas expressément prouvée, mais elle est dans la logique du droit.

(2) *St*, *R*. 3, 539, n. 1 [*Dr. publ.*, 6, 2, 144, n. 2]. Ni Septime Sévère, ni aucun de ses successeurs n'est nommé à propos de cette institution. Cela se rattache vraisemblablement à la transformation de la chevalerie romaine, dont nous exposerons la réduction postérieure dans le Livre V à propos du taux des peines. L'auteur de cette transformation peut bien être Septime Sévère et du même coup la fonction honorique des jurés doit avoir changé de caractère.



(3) *Vita Marci*, 24 : *capitales causas hominum honest[i]orum ipse cognovit et quidem summa aequitate, ita ut praetorem reprehenderet, qui cito reorum causas audierat, juberetque illum iterum cognoscere.* Cette information qui à vrai dire n'est pas sans soulever des suspicions est plusieurs fois confirmée. Papinien, dans une œuvre écrite apparemment sous Marc Aurèle ou dans les premières années du règne de Septime Sévère, connait encore les jurés (*Dig.*, 48, 1, 13 : *ad crimen judicii publici persequendum frustra procurator intervenit multoque magis ad defendendum, sed excusationes absentium ex senatus consulto judicibus adlegantur* — le seul texte des Pandectes semble-t-il, dans lequel les jurés des *judicia publica* sont mentionnés) ; mais il envisage là en première ligne le procès d'adultère, qui n'est pas capital : *magistratus... cum publici judicii habeant exercitionem... veluti legis Juliae de adulteriis et si quae sunt aliae similes* [*Dig.*, 1, 21, 1, *pr.*]. Paul, sous Caracalla et Alexandre Sévère, *Dig.*, 48, 1, 8 : *ordo exercendorum publicorum capitalium in usu esse desiit,* confirme la restriction des *judicia publica* aux procès non capitaux. Enfin Dion dans les conseils qu'il met dans la bouche de Mécène (52, 20. 21) admet les *quaestiones* prétoriennes pour les procès non capitaux (οὗτοι — les préteurs nommés par l'empereur — τὰς δίκας πάντες ὡς ἕκαστοι πλὴν τῶν φονικῶν ἐν τῷ τῆς ἐνδήμου ἀρχῆς χρόνῳ — dans leur année de charge urbaine — δικαζέτωσαν), avec formation de jurys composés de sénateurs et de chevaliers (συναγέσθω μὲν δικαστήρια καὶ ἐκ τῶν ἄλλων βουλευτῶν τῶν τε ἱππέων), mais de ces tribunaux l'appel va aux préfets de la ville (ἵνα — ὁ πολίαρχος — τὰς δικας τὰς... παρὰ πάντων ὧν εἶπον ἀρχόντων ἐφεσίμους τε καὶ ἀναπομπίμους... κρίνῃ), tandis que les procès capitaux pour Rome et pour l'Italie vont ou à l'empereur lui-même ou aux préfets de la ville ou aux préfets de la garde. Il faut laisser indécise

portance secondaire. Leur existence ne peut plus être établie après l'époque d'Alexandre Sévère (1). (221)

---

la question de savoir dans quelle mesure ces conseils sont empruntés au véritable état de choses existant sous Alexandre Sévère ; en principe, ils concordent avec les témoignages précédemment rapportés. Une autre indication de Dion (76, 16), d'après laquelle il aurait trouvé comme consul, c'est-à-dire sous Septime Sévère, trois mille procès d'adultère en suspens (τρισχιλίας — γραφὰς — ἐν τῷ πίνακι ἐγγεγραμμένας), peut, d'après ce qui vient d'être dit, être difficilement entendue en ce sens, que ces procès venaient alors devant le Sénat ; ils ont dû simplement avoir lieu sous la haute surveillance du Sénat.

(1) Les indications de Paul et Dion ne laissent aucun doute sur l'existence à cette époque des *judicia publica*. Ceux-ci ont été exclus des Pandectes par voie de correction. Adde: Marcianus. ad S.C. Turpillianum.

SECTION VI

LA PROCÉDURE PÉNALE MUNICIPALE

Tribunaux extra-urbains.

La concentration de l'*imperium* juridictionnel dans la ville a au début cette portée qu'en dehors de la ville l'*imperium* militaire s'applique avec le droit de coercition qui l'accompagne et qu'aucune procédure civile ni criminelle ne peut y être exercée par un magistrat romain. Le recul progressif des frontières et peut-être plus encore l'extension toujours croissante des relations rendirent nécessaire l'établissement de sièges judiciaires romains extra-urbains pour les territoires très éloignés de la capitale et même pour les citoyens occupés à leurs affaires hors de Rome. Ces sièges furent en vérité affectés tout d'abord à l'administration de la justice civile, mais ils devinrent aussi partiellement dans le développement postérieur du droit des autorités répressives importantes. Ces cours judiciaires romaines et extra-urbaines sont de trois sortes : les préfectures locales italiques de l'époque républicaine ; les gouvernements de province ; enfin les tribunaux municipaux des communautés de citoyens romains en Italie et dans les provinces. Chaque préfecture pour l'administration de la justice, chaque gouvernement de province, chaque magistrature municipale reçoit sa juridiction par une décision de la communauté romaine. Ces institutions sont toutes des dérogations, sanctionnées par des lois spéciales, à la concentration de la juridiction romaine entre les mains des autorités de la ville de

Rome, concentration qui se maintint à titre de principe et dont la répercussion se fit encore sentir maintes fois dans la pratique. Dans la présente Section nous examinerons la juridiction des préfets des villes italiques et celle des autorités municipales, tandis que dans la suivante nous nous occuperons de celle des gouverneurs de province.

Les « représentants pour l'administration de la justice » en Italie, les *praefecti jure dicundo,* sont des magistrats romains compétents pour un district dont l'étendue est déterminée d'après des divisions territoriales encore existantes ou autrefois en vigueur (1). Ils sont soit nommés par le préteur en vertu d'une délégation légale, soit élus directement par les comices. Ils ont pour mission d'exercer dans leur district ou, s'ils sont nommés en collège pour plusieurs districts, d'exercer successivement dans chacun de ceux-ci (2), d'après un roulement établi, la juridiction qui appartient à Rome aux deux préteurs de la ville (3). Lorsqu'ils ont à côté d'eux des autorités autonomes, ils tranchent les procès entre citoyens romains et peut-être aussi ceux entre un citoyen et un non ci- (223) Les préfectures italiques.

(1) *St. R.*, 2, 608 et sv. 3, 581. 792, n. 2. 797 [*Dr. publ.* 4, 318 et sv. 6, 2, 196. 439, n. 2. 445]. La notion de district, qui apparaît spécialement plus tard à propos de la juridiction des gouverneurs de province, s'est tout d'abord développée à l'occasion de la préfecture et se présente ici nettement comme dérivant de la notion de territoire admise en droit public. Elle s'applique aussi bien à la cité autonome existante qu'à celle qui a existé autrefois ; Capoue, par exemple, est une préfecture romaine aussi bien lorsqu'elle est une ville incorporée au groupe des citoyens romains sous réserve d'une autonomie limitée que lorsqu'elle a perdu cette autonomie.

(2) Festus, p. 41 : *conventus... cum a magistratibus judicii causa populus congregatur.* Cicéron, *Pro Sextio,* 4, 9. 10 (cpr. *C. I. L.*, X, p. 366) mentionne le *conventus* des citoyens romains à Capoue avant la transformation de ce lieu en une colonie de citoyens romains. Ces *conventus* qui ont rapidement disparu de l'Italie par suite de sa municipalisation ont servi de modèle pour l'institution analogue des provinces.

(3) Les préfectures italiques correspondaient en principe aux provinces extra-italiques. Sans doute les préfets n'ont pas, que nous sachions, l'*imperium* militaire, mais le gouverneur de province lui-même ne l'a que pour les cas de nécessité et il est permis de se demander, si le préfet romain dans la Capoue autonome n'a eu à s'occuper que de juridiction. En tout cas, nous trouvons ici la clef du problème de l'organisation provinciale.

toyen ; mais ils semblent avoir été envoyés le plus souvent dans des localités où toute autonomie en matière de juridiction avait été supprimée. On peut conjecturer avec quelque vraisemblance que leur compétence était limitée vis à vis des préteurs de la capitale : les procès de leur compétence pouvaient être portés à Rome (1), peut-être même les questions les plus importantes devaient elles y être renvoyées (2). Ils ont eu dans la procédure pénale le même rôle que les préteurs civils.

(224) Apparition des cités romaines à l'intérieur du peuple romain.

La localité avec population de citoyens romains n'a pas eu jusque dans les derniers temps dela République de juridiction propre; elle a tout au plus été dotée de l'édilité locale, institution qui n'a aucun rapport avec la procédure (3). Elle n'est pas, comme la ville plus ou moins autonome, un membre de la ligue des cités qui forment l'empire romain, elle est une partie dépendante de la ville qui possède l'hégémonie. Mais après la grande révolte des populations italiques contre la suprématie de Rome, qui ne fut pas à proprement parler réprimée mais simplement écartée par un compromis, tout territoire italique, qu'il ait été jusqu'ici une communauté autonome ou qu'il ait appartenu comme préfecture (4) ou autrement au domaine de la cité prééminente, fut constitué comme État autonome. Cette

---

(1) Dans le formulaire de contrats chez Caton, *De r. r.*, 149, on trouve la clause finale : *si quid de iis rebus controversiae erit, Romae judicium fiat. St. R.*, 3, 813, n. 2 [*Dr. publ.* 6, 2, 464, n. 2].

(2) En faveur de cette conjecture, on peut invoquer comme argument d'analogie ce qui a lieu pour les magistrats municipaux.

(3) *St. R.*, 3, 778 et sv. 814 [*Dr. publ.*, 6, 2, 422 et sv. 464]. Aux preuves données à cet endroit pour établir que les communautés de citoyens romains, situées hors de Rome, n'eurent pas tout d'abord la juridiction, il faut ajouter que Tusculum, la plus vieille organisation de ce genre, qui d'ailleurs ne fut pas fondée par Rome, n'a jamais eu d'autres chefs que des édiles. Ceux-ci exercèrent évidemment à partir d'une certaine époque la juridiction, mais ils ne furent manifestement au début que ces magistrats du même nom qu'on rencontre assez fréquemment plus tard, même pour les communautés non urbaines.

(4) Ces préfectures disparaissent en Italie à la suite de cette réforme et l'institution n'a pas été, dans sa restriction aux districts urbains, transportée aux provinces ; la fonction est remplie ici par les gouverneurs de province.

autonomie fut d'ailleurs beaucoup plus restreinte que celle qui avait appartenu dans l'ancien droit aux villes alliées autonomes. De cette manière, les magistrats municipaux, ceux de l'Italie et ceux des provinces, apparus avec l'extension progressive du droit de cité aux territoires situés au delà des mers, sont entrés dans la catégorie des autorités judiciaires romaines. A l'intérieur de leur territoire (1), l'*imperium* juridictionnel (2) leur est attribué en principe avec la même valeur et la même étendue qu'au préteur de Rome lui-même. La séparation qui s'est opérée dans la haute magistrature de la capitale entre le consulat et la préture et la subdivision qui s'est produite au sein de cette dernière entre les différents domaines du service de la justice ne sont pas passées dans la constitution municipale. Ici, lorsqu'il y a un *imperium* juridictionnel, il appartient aux duumvirs ou à toute autre magistrature supérieure du lieu, quel que soit son titre.

(225) Juridiction des magistrats des cités de citoyens romains.

Procédure municipale pour le délit privé.

On ne peut mettre en doute que la juridiction des magistrats municipaux se soit étendue en principe au délit privé. Mais la différence la plus importante qui existe entre la vieille autonomie effective des villes alliées et la quasi autonomie récente des cités de citoyens, à savoir la formation de cette

---

(1) Siculus Flaccus, p. 135 : *regiones dicimus intra quarum fines singularum coloniarum vel municipiorum magistratibus juris dicendi coercendique* (cpr. p. 42 n. 1) *est libera potestas*. Le même, p. 138, 8 : *territorium dixerunt, intra quos fines jus dicendi* [*jus*; (lacune dans ms.)] *esset*. Pomponius, *Dig.*, 50, 16, 239, 8 : *territorium est universitas agrorum intra fines cujusque civitatis, quod ab eo dictum quidam aiunt, quod magistratus eius loci intra eos fines terrendi id est summovendi jus habent*. Paul, *Dig.*, 2, 1, 20 : *extra territorium jus dicenti impune non paretur. Lex coloniae Genetivae*, c. 95 : *IIviro... testibus in eam rem publice dumtaxat h(ominibus) XX, qui colon*[*i*] *incolaeve erunt... denuntietur facito. St. R*, 3, 825 [*Dr. publ.*, 6, 2, 478.]

(2) *St. R.*, 3, 812, n. 3 [*Dr. publ.*, 6, 2, 463, n. 2]. L'addition *jure dicundo*, qu'on a coutume d'adjoindre aux différents titres (cette addition n'a toutefois pas lieu facilement — Lavinium fait exception *C. I. L.*, X, 797 — pour le titre de préteur, parce que d'après l'usage postérieur du langage la juridiction est inhérente à ce titre), est bien de nature restrictive, car elle exclut ainsi l'*imperium* militaire. Lorsqu'elle fait défaut d'une manière permanente, comme pour les magistrats de la fière Capoue, c'est qu'on n'a pas aimé exprimer l'infériorité accusée par ces mots. Pour les licteurs et les faisceaux des magistrats municipaux, cpr. *St. R.*, 1, 381, [*Dr. publ.*, 2, 12.]

juridiction comme juridiction de second ordre à laquelle échappent les affaires importantes (1), a dû se faire sentir également dans la matière des délits privés, quoique notre faible documentation relativement aux droits municipaux ne nous fournisse aucun renseignement à cet égard.

Procédure pénale municipale relevant des magistrats et des comices.

Le transfert de la procédure pénale relevant des magistrats et des comices aux communautés de citoyens (2) ou, ce qui revient au même, le maintien de cette procédure après l'attribution du droit de cité romaine, a bien eu lieu en vertu des
(226) statuts locaux (3), mais il est difficile que cette extension ait été importante; car, à l'époque de la grande Guerre Sociale, cette procédure était en voie de disparition à Rome même.

Le *judicium publicum* municipal.

Par contre, on peut prouver que l'élévation du procès privé au rang de *judicium publicum* s'est également produite dans les municipes. Si les crimes de lèse-majesté, de péculat, *d'ambitus* n'occupent jamais le tribunal municipal, lorsqu'ils intéressent l'État romain, les preuves ne manquent pas pour établir que le péculat et l'ambitus municipaux (4) sont réprimés au criminel et il y a aussi certains cas de crimes d'État qui réclament une punition analogue de la part du droit municipal.

---

(1) *St. R.*, 3, 815 sv. [*Dr. publ.*, 6, 2, 464 et sv.] Il est vraisemblable que la juridiction des *praefecti jure dicundo* a servi de modèle ici.

(2) L'existence d'une procédure pénale de ce genre dans la cité autonome italique nous est prouvée par la table osque de Bantia.

(3) La curieuse dédicace, qui établit en 696/58 le réglement du temple de Jupiter dans le village de Furfo (*C. I. L.* IX, 3513 = Bruns, *Fontes* 6, p. 260) donne au chef du village en cas de vol commis au regard de ce temple le pouvoir de prononcer telle amende qu'il lui plaira, sauf la possibilité d'un appel à l'assemblée des habitants du village : *sei qui heic sacrum surupuerit, aedilis* (il est dit auparavant : *aedilis quemquomque veicus Furfens. fecerit*) *multatio esto quanti volet*; *idque veicus Furf. m[a]j[or] pars fifeltares* (?) *sei apsolvere volent, sive condemnare, liceto.* L'acte rentre en droit dans le domaine de l'autonomie collégiale, quoique les formules appartiennent à la *res publica* et que la faculté d'infliger des amendes d'une manière si générale dépasse les limites de ce domaine. — On pourrait conclure de Suétone, *Claud.*, 34 : *cum spectare antiqui moris supplicium Tiburi concupisset et deligatis ad palum noxiis carnifex deesset, accitum ab urbe vesperam usque opperiri perseveravit* que la vieille procédure pénale relevant des magistrats et des comices s'appliquait encore à Tibur à l'époque du Principat.

(4) Cpr. dans le Liv. IV les Sections relative à ces matières.

En outre, la loi de Sylla sur le meurtre restreint la compétence de la cour judiciaire de la capitale aux délits commis à Rome et dans un rayon de mille pas autour de la ville; une telle loi exige comme complément nécessaire un tribunal du même genre pour tout territoire municipal (1). La même distinction est applicable au faux, à la violence, au rapt d'hommes, à l'injure grave, à l'adultère, à l'usure et a été vraisemblablement appliquée au moins dans une partie de ces délits. — Si maintenant nous trouvons d'autre part à l'époque de César des allusions à des *judicia publica* municipaux qui auraient une compétence, non pas identique mais analogue (2) à celle des *judicia publica* de Rome, on peut en conclure qu'il s'agit là certainement des tribunaux organisés pour les procès indiqués plus haut. Le *judicium publicum* municipal n'est pas une procédure de jurés avec présidence d'un magistrat, mais un *judicium publicum* dans le vieux sens, c. à d. une procédure (227)
de récupérateurs avec un magistrat comme demandeur ou du moins avec un demandeur assimilé à un magistrat, notamment quant à la citation des témoins. Abstraction faite de ce que tout témoignage pour le transport des *quaestiones* aux municipes fait défaut, on peut invoquer à l'appui de cette affirmation le fait que la procédure de péculat dans le droit municipal de Tarente est présentée comme un procès de récupéteurs de ce genre (3). Si dans les mentions peu fréquentes de

---

(1) *Coll.* 1, 3. 1. Par application de cette règle le meurtre imputé à Cluentius vient devant cette cour judiciaire comme délit de la capitale, Cicéron, *Pro Cluentio*, 62, 175. Il n'y a aucun doute que l'empoisonnement de Germanicus en Syrie rentrait dans la compétence du tribunal de la capitale, (Tacite, *Ann.*, 2, 79. 3, 12); la loi n'était pas applicable en principe aux crimes commis hors du territoire appartenant aux communautés urbaines de droit romain. D'autres exceptions ont été vraisemblablement faites, notamment pour les sénateurs.

(2) *Lex Julia municipalis*, l. 118. 119 prononce l'incapacité de siéger dans le sénat municipal et de revêtir des charges municipales soit d'une manière générale contre celui qui a été condamné à l'exil hors de l'Italie dans un *judicium publicum* de Rome, soit pour la ville spéciale à laquelle il appartient contre celui qui a été condamné dans un *judicium publicum* de sa patrie (*queive in eo municipio... quojus erit, judicio publico condemnatus est erit*).

(3) l. 4 et sv. : *Quanta ea res erit, quadruplum multae esto... ejusque pequ-*

la procédure pénale municipale le Sénat de la cité apparaît quelques fois comme l'autorité qui statue (1), cela peut se concilier avec les règles précédemment indiquées en ce sens que le magistrat n'exerce ordinairement la faculté d'agir qui lui appartient, ou plutôt n'exécute l'obligation d'agir qui lui incombe, qu'après avoir interrogé l'assemblée municipale ou sur mandat de celle-ci (2). Sans doute, on se résout difficilement à admettre qu'en cas de meurtre l'instance municipale des derniers temps de la République n'ait pas été autre chose qu'une procédure pénale privée devant des récupérateurs et que ceux-ci n'aient pu condamner à autre chose qu'à des peines pécuniaires et à des peines restrictives de l'honneur ; mais on doit accepter cette opinion si l'on considère que même le tribunal de la capitale n'avait pas en pareil cas le droit de dépasser la peine du bannissement hors de l'Italie. Ce moyen de répression lui-même, l'accroissement le plus important que le *judicium publicum* de la législation de Sylla ait reçu par rapport à l'action privée antérieure, a pu s'appliquer dans la procédure pénale municipale, mais tout au plus comme bannissement hors du territoire de la cité (3).

---

niae magistratus queiquomque in municipio erit petitio exactioque esto. La procédure d'indignité contre le décurion mentionnée dans la *lex coloniae Genetivae*, c. 105. 123. 124, apparaît comme une *quaestio* dirigée par un magistrat (*IIvir qui h. l. quaeret jud*(*icium*) [*ve*] *exercebit*) ou comme procédure d'accusation et a dû se dérouler suivant les mêmes formes que celle-ci.

(1) Cicéron, *Pro Cluentio*, 14, 41 : *tabulas publicas Larini censorias corrupisse decuriones universi judicaverunt.* 44, 125 : *qui tabulas publicas municipii manu sua corrupisse judicatus sit.* L'instance répressive ouverte contre celui qui avait négligé de conjurer l'orage (p. 142 n. 2) était confiée par Sénèque aux décurions. A Rome, le Sénat ne statue pas sur le péculat, mais une délibération du sénat pouvait bien amener le magistrat à intenter un procès de péculat et ce magistrat avait sinon l'obligation du moins la faculté d'interroger le sénat, avant la fin du procès dans l'instance comitiale (p. 198).

(2) D'après la *lex coloniae Genetivae* c. 96, lorsqu'un *decurio* demande des renseignements sur une affaire qui intéresse la caisse ou les propriétés foncières de la communauté, cette requête doit faire l'objet d'un examen rapide.

(3) Il va de soi que le tribunal municipal ne pouvait pas bannir hors de l'Italie et cela ressort de la *lex Julia municipalis* (p. 263, n. 2.) Il faut

Sous le Principat, la répression des cas criminels graves, dans la mesure où ceux-ci rentraient dans la compétence des magistrats municipaux romains, a passé vraisemblablement de bonne heure en Italie aux préfets de la ville ou du prétoire et dans les provinces au gouverneur. Asbtraction faite de l'assistance qu'ils prêtent dans l'administration de la justice pénale et dont il sera parlé dans la dernière Section de ce Livre, les magistrats municipaux n'ont conservé que la coercition (1) et on fait ressortir à cet égard qu'ils n'ont pas le droit d'infliger la peine de mort, même aux esclaves (2). (228)

Le pouvoir répressif municipal sous le Principat.

La compétence en matière pénale des magistrats des communautés qui font partie de l'empire romain sans avoir le droit de cité ne peut être exposée à propos du droit pénal romain, comme nous l'avons indiqué dans la Section X du Livre I.

---

même hésiter à attribuer au magistrat municipal la faculté de reléguer hors du *territorium* ; car le magistrat de Rome n'a pas le pouvoir d'exiler un citoyen de tout le territoire romain, mais seulement d'une partie de celui-ci.

(1) P. 44. *Dig.*, 40, 9, 17, 1. 47, 10, 15, 39. 1. 17, 2.

(2) Ulpien, *Dig.*, 2, 1, 12 : *magistratibus municipalibus supplicium a servo sumere non licet* ; *modica autem castigatio eis non est deneganda.*

(229)

SECTION VII

LE TRIBUNAL RÉPRESSIF DES GOUVERNEURS DE PROVINCE

Débuts et développement du gouvernement de province.

Le gouvernement de province (1), c'est-à-dire l'établissement de cours judiciaires romaines hors de l'Italie, a commencé avec le vote populaire de 527/227 pour la Sicile et s'est étendu peu à peu à la partie romaine du monde. L'italie, qu'on opposait sous la République et sous le Principat aux gouvernements de province, a été soumise à cette forme de division administrative à partir de Dioclétien et depuis lors il n'y a plus en dehors des gouvernements de province que les deux capitales, la vieille Rome et la nouvelle Constantinople. — En dehors des gouvernements de province, il y a en outre les États clients (2) et les villes libres extra-italiques admises à un traité d'alliance, comme Athènes et Sparte (3). Les rois de ces principautés et les citoyens de ces villes sont certainement soumis à la juridiction de l'empire et peuvent être appelés à rendre compte de leurs actes à l'époque républicaine devant les consuls et sous le Prin-

---

(1) Dans cette Section nous supposerons connues les règles politiques et administratives du régime des provinces telles qu'elles ont été exposées dans *St. R.*, spécialement 2, 239 et sv. [*Dr. publ.*, 3, 274 et sv.], étant donné surtout que les particularités multiples des provinces et de leur gouvernement n'ont qu'une importance secondaire pour le droit même de l'empire.

(2) Ce point est exposé dans le Liv. I (p. 133 et sv.) Le gouverneur de province commande aux provinciaux et sollicite les princes clients (p. 122 n. 2).

(3) *St. R.*, 3, 655 et sv. 688. 703. 717. [*Dr. publ.*, 6, 2, 280 et sv. 319. 336. 352].

cipat devant les tribunaux suprêmes de l'Empire (p. 122); mais il n'y a pas dans ces domaines de cour judiciaire romaine et ni les uns ni les autres ne tombent de plein droit sous l'autorité du gouverneur de province. Cependant, sous le Principat et déjà sous la première dynastie, les villes libres furent privées de leur privilège et placées sous la juridiction répressive des gouverneurs de province (1), tandis que leur indépendance subsista vraisemblablement plus longtemps pour les procès civils. (230)

Titre et *imperium* du gouverneur de province.

Le gouverneur de province porte régulièrement au début le même titre que les deux magistrats urbains chargés de la juridiction civile, on l'appelle *praetor*. Cette dénomination indique tout à la fois sa fonction principale, qui est d'administrer la justice civile, et son droit de haut commandement militaire, c'est-à-dire cet *imperium* qu'il exerce rarement, mais dont il n'est jamais dépourvu (2). Lorsqu'il continue à exercer sa fonction après l'expiration de son année de charge ou lorsqu'en vertu de l'organisation de Sylla il ne reçoit l'administration de la province qu'après cette année de magistrature, il s'appelle *pro praetore*. Il a même souvent une désignation de rang plus élevée et se nomme *pro consule*. Ce dernier titre devient, sous le Principat, général et constant pour les gouverneurs de provinces, mais ne s'applique qu'aux provinces sénatoriales, parce que dans celles de l'Empereur, ce-

(1) Proculus (sous les Claudes) *Dig.*, 49, 15, 7, écarte à cet égard la conception du *postliminium*, correcte au point de vue des principes (*St. R.*, 3, 656, n. 1 [*Dr. publ.*, 6, 2, 282, n. 1]) et considère comme pratique l'assimilation des communautés libres et des communautés sujettes : *fiunt apud nos rei ex civitatibus foederatis et in eos damnatos animadvertimus*; il est impossible qu'il ait pensé là à autre chose qu'au tribunal répressif du gouverneur de province. Un appel d'Athènes à l'Empereur ou au proconsul est mentionné à l'époque d'Hadrien à propos d'une livraison d'huile (*C. I. Att.*, III, 38). Dans la même cité, des procès criminels sont sous Hadrien (Philostrate, *Vit. soph.*, 1, 25, 9) et sous Marc-Aurèle (Lucien, *Demonax*, 16, 50; Philostrate, *Vit. soph.*, 2, 10, 3) régulièrement portés devant le proconsul.

(2) Le consul qui exerce le commandement militaire au delà des mers a naturellement en même temps l'*imperium*, mais n'a pas la juridiction (*St. R.*, 2, 102 [*Dr. publ.*, 3, 117]).

lui-ci est considéré comme le gouverneur sans porter cependant régulièrement le titre de proconsul. Dans ces dernières, les généraux en second de l'empereur jouent en fait le rôle de gouverneurs de province, ils s'appellent, comme officiers, *legati Augusti*, et, comme détenteurs de l'*imperium*, *legati pro praetore*. L'*imperium* militaire des gouverneurs des provinces sénatoriales est sous le Principat purement nominal, celui des représentants de l'Empereur est effectif, mais est évidemment subordonné à celui de l'Empereur. Pour l'*imperium* juridictionnel, les deux catégories sont identiques et exigent le rang sénatorial. Les États clients, qui, sans être à proprement parler incorporés à l'empire romain, reçoivent à titre durable une administration romaine, comme cela eut lieu sous le Principat pour l'Egypte et pour un certain nombre de territoires
(231) plus petits, obtiennent des chefs romains pris dans la classe des chevaliers et ayant le titre militaire de *praefecti* ou le titre financier de *procuratores Augusti*. Dans chacune de ces circonscriptions, on établit également une cour judiciaire romaine et on attribue dans ce but l'*imperium* au chef de l'administration, de telle sorte que celui-ci peut, pour l'administration de la justice, être assimilé au gouverneur de province (1). Plus tard, notamment lorsque Dioclétien eut réduit l'étendue des ressorts et eût enlevé aux gouverneurs le commandement militaire, le gouvernement de province déchut en rang et en puissance. Le titre de gouverneur est à cette époque variable: quelques-uns d'entre eux gardent la dénomination de proconsuls; d'autres reçoivent le titre de *consulares* suivant le nom accessoire donné comme désignation de rang aux *legati Augusti pro praetore* les plus élevés; d'autres encore sont appelés *correctores* ou *praesides*. Cette dernière appellation est fréquemment employée à titre énonciatif pour désigner le gou-

---

(1) *St. R.*, 2, 935 n. 1 [*Dr. publ.*, 5, 220, 1]. Auguste fit attribuer par une loi (*lege*) (*Dig.*, 1, 17, 1) au préfet d'Egypte l'*imperium* de gouverneur de province (*imperium ad similitudinem proconsulis*). Il a dû en être de même pour tous les autres gouverneurs de provinces non sénatoriales. Mais tous ne portent pas un titre qui implique l'*imperium* de magistrat.

verneur de province en général. En outre, le terme *judex*, usité d'une manière générale pour les présidents de tribunaux depuis la séparation du commandement militaire et de la fonction civile (1), est maintenant appliqué au gouverneur de province, souvent avec l'addition *ordinarius*. L'*imperium* propre qui est à la base de cette fonction tend à s'effacer à la dernière époque et cette charge repose dans la suite, comme cela a lieu alors pour toutes les fonctions d'après la conception nouvelle de la monarchie, sur une délégation impériale résultant de la nomination par l'Empereur, quoique l'indépendance du gouverneur de province ne disparaisse pas complètement même à cette époque, comme le montrent les règles appliquées en matière de juridiction volontaire (2). — L'institution du gouvernement de province embrasse une période de huit siècles et il y a entre le magistrat indépendant de l'époque d'Hannibal et le modeste président de tribunal du temps de Justinien un écart considérable; cependant la différence n'est pas, du moins pour l'administration de la justice, si grande que l'on ne puisse pas pour (232)
exposer cette fonction l'embrasser d'un seul coup dans toute sa durée. Le magistrat ordinaire pour administrer la justice hors des capitales a été à toutes les époques le gouverneur de province. Si plus tard il déchoit même à cet égard, cela provient principalement du système d'appel qui fit son apparition avec le Principat et qui abaissa le gouverneur de province du rang de juge de l'instance unique au rang de juge de l'instance inférieure.

Ressort du gouverneur de province.

Le gouvernement de province repose sur la notion de district comme la préfecture italique pour l'administration de la justice sur laquelle il a tout d'abord été calqué (p. 259). Le

(1) Nous avons parlé de ces titres d'une manière plus précise dans *St. R.* 2, 240, n. 2 [*Dr. publ.* 3, 275, n. 2]. Les personnes, chargées de l'administration de la justice dans les capitales et les provinces, sont désignées par l'expression générique de *magistratus urbici provinciarumque praesides* (Suétone, *Dom.*, 8), et sont appelées plus tard *praefectus praesesve provinciae* (*Dig.*, 48, 8, 2. *tit.* 19. 1, 3).

(2) Celle-ci est attribuée d'une manière générale au *praeses*. *Dig.*, 1, 18, 2. *Cod.*, 7, 1, 4. *Inst.*, 1, 5, 2.

nom de ce district, « territoire vaincu », *provincia*, employé au début pour désigner la limite territoriale, variable dans chaque cas concret, de la compétence du général, puis transporté aux gouvernements de province, indique le ressort fixe du gouverneur, et se distingue du domaine de la cité autonome, du *territorium*, seulement en ce que la *provincia* embrasse un ensemble de *territoria* ou, lorsque la domination romaine ne trouve pas d'organisations urbaines préexistantes, un domaine d'État autrefois indépendant (1). Le gouverneur de province acquiert l'*imperium* comme magistrat, conformément à la règle générale, au jour de son entrée en charge tel qu'il est fixé par la loi, et l'*imperium* comme gouverneur de province, depuis que cet *imperium* a été légalement lié par Sylla à l'expiration de l'année de charge et à la sortie de Rome, dès l'instant où le magistrat sortant dépasse les limites de la ville pour aller prendre son gouvernement. D'après cette même loi, il demeure promagistrat jusqu'à sa rentrée dans la ville. Mais cette acquisition ne lui confère que la capacité de remplir les fonctions de gouverneur de province (2) ; l'exercice même de cette fonction est soumis aux règles suivantes :

1. Le gouverneur ne peut accomplir les actes de sa charge, et notamment administrer la justice, que s'il séjourne dans son district et aussi longtemps qu'il s'y trouve. Sa fonction commence donc le jour où il entre dans sa circonscription, elle

---

(1) La fixation des limites était une partie de l'acte d'État constituant la province ; une extension des limites réclamait également une loi, comme cela eut lieu pour la Macédoine par la loi Clodia (Cicéron, *In Pis.*, 16, 37). Le fait de franchir les limites de sa province avec des troupes constituait un crime qui tombait aussi bien sous le coup de la loi sur les crimes de lèse-majesté que sous celui de la loi sur les *repetundae*. La détermination des limites pouvait dans certains cas donner lieu à une incertitude de fait (Cicéron, *In Pis.*, 16, 38), mais il n'y avait là que des difficultés d'interprétation possibles au regard de tout acte de l'État. Les villes libres et les États clients sont toujours exclus de plein droit lorsqu'on détermine des frontières de l'empire (*St. R.*, 3, 825 [*Dr. publ.*, 6, 2, 478]).

(2) Comme tel, il exerce la juridiction volontaire (*St. R.*, 1, 189. 2, 257 [*Dr. publ.*, 1, 216. 3. 296]).

prend fin le jour où il en sort (1) et s'interrompt pendant toute absence (2). (233)

2. Le gouverneur ne peut accomplir d'actes de sa charge, notamment appliquer des peines, qu'autant que l'exécution de celles-ci a lieu à l'intérieur de la province. Il ne peut donc, quand il exerce ses pouvoirs répressifs, exiler que de sa propre province (3) et imposer l'obligation de résidence que dans une localité de son ressort (4).

3. Le gouverneur de province ne peut accomplir des actes de sa charge, lorsqu'ils ne sont pas uniquement déterminés par le lieu de séjour de la personne intéressée, qu'au regard de ceux qui ont droit de cité ou qui sont domiciliés dans son ressort (5). Cependant des instructions impériales ont, dans l'intérêt de la sécurité publique, étendu dans certains cas son pouvoir répressif à des criminels qui n'appartenaient pas à sa province (6).

Juridiction civile du gouverneur de province

La compétence juridictionnelle du gouverneur de province est déjà suffisamment indiquée par son titre originaire. Les procès civils, qui à Rome sont portés devant les deux préteurs existants au moment de la création du gouvernement de province, c'est-à-dire devant les préteurs urbain et péregrin, vont

(1) Ulpien, *Dig.*, 1, 16, 1 : *proconsul... potestatem non exercet nisi in ea provincia sola, quae ei decreta est. St. R.*, 2, 205, 254, [*Droit Public.*, 3, 235, 292]. Exceptions en cas de nécessité : *Dig.*, 1, 16, 5.

(2) Paul, *Dig.*, 1, 18, 3 : *praeses provinciae... imperium habet... dum in provincia est; nam si excesserit, privatus est. St. R.*, 1, 680 et sv. [*Dr. publ.*, 2, 361 et sv.].

(3) *C. Th.*, 9, 40, 12. Dans ce texte les provinces séparées, les *tres Syriae* et les *tres Daciae* sont traitées comme des unités. (*Dig.*, 48, 22, 7, 14.)

(4) *Dig.*, 48, 22, 7, 1. Les détails sont donnés dans le Liv. V à propos des peines privatives de liberté.

(5) Paul, *Dig.*, 1, 18, 3 : *praeses provinciae in suae provinciae homines tantum imperium habet.* Celse, *Dig.*, 48, 3, 11.

(6) Paul, après les paroles citées : *habet interdum imperium et adversus extraneos homines, si quid manu commiserint : nam et in mandatis principum est, ut curet is qui provinciae praeest malis hominibus provinciam purgare nec distinguuntur unde sint.* Marcien, *Dig.*, 48, 13, 4 : *mandatis cavetur... ut praesides sacrilegos latrones plagiarios conquirant et ut prout quisque deliquerit in eum animadvertant. Et sic constitutionibus cavetur, ut sacrilegi extra ordinem* (c'est-à-dire non pas dans leur cité, mais au lieu où ils avaient été pris) *digna poena puniantur.*

en Sicile et dans les provinces postérieures devant le préteur préposé à chacune d'elles (1). Celui-ci est donc compétent pour
(234) les procès entre deux citoyens romains, pour ceux entre un citoyen romain et un non citoyen et pour ceux entre citoyens de communautés différentes. Ces règles de compétence découlent non seulement de l'institution elle même, mais nous avons la preuve qu'elles ont été en vigueur dans la plus ancienne province (2), et, quoique des exceptions aient été admises, notamment pour la troisième catégorie d'affaires, nous avons toute raison de croire que ces règles ont été généralement reconnues dans ce qu'elles ont d'essentiel (3). La tendance de l'institution résulte de l'extension des relations commerciales et financières des Romains; la suprématie de Rome dans les territoires situés au delà des mers se manifestait en premier lieu et surtout dans ce fait que le Romain plaidait, comme demandeur ou comme défendeur, non pas devant le tribunal du lieu mais devant le tribunal romain et que la compétence du premier tribunal se limitait exclusivement aux procès qui s'élevaient entre nationaux du territoire. Les procès nés dans les provinces, mais dirigés contre des citoyens romains, n'étaient pas absolument enlevés à la compétence des tribunaux de Rome, le gouverneur avait le droit de ne pas les admettre et de renvoyer les plaideurs à Rome (4) et

---

(1) Ulpien, *Dig.*, 1, 16, 7, 2 : *cum plenissimam jurisdictionem proconsul habeat, omnium partes, qui Romae vel quasi magistratus vel extra ordinem jus dicunt, ad ipsum pertinent.* Hermogénien, *Dig.*, 1, 18, 10 : *ex omnibus causis, de quibus vel praefectus urbi vel praefectus praetorio itemque consules et praetores ceterique Romae cognoscunt, correctorum et praesidum provinciarum est notio.* Marcien, *Dig.*, 1, 18, 11. Proculus, *Dig.*, 1, 18, 12. Cette règle, posée pour l'administration de la justice de l'époque impériale, est soumise même à cet égard à une restriction essentielle, en tant que notamment la juridiction capitale n'appartient pas, comme on le dira plus loin, au gouverneur de province de la dernière période en vertu de sa fonction même, mais seulement à raison d'un mandat spécial.

(2) Cicéron, *Verr.*, l. 2, 13, 32. *St. R.*, 3, 745 [*Dr. publ.*, 6, 2, 384].

(3) Hermippe et Héraclide, du procès desquels Cicéron parle *Pro Flacco*, 20, paraissent avoir été tous deux des Temnitains, mais Hermippe qui avait payé comme caution à des citoyens romains a évidemment obtenu de ceux-ci la cession de leur action.

(4) En droit civil la compétence des tribunaux de la capitale concourait

le citoyen romain a pu dans certaines circonstances exiger ce renvoi comme défendeur. Du reste, la compétence du gouverneur semble n'avoir subi aucune restriction, elle embrassait notamment les délits privés (1).

Procédure civile provinciale.

Les règles de procédure applicables au préteur provincial sont les mêmes que celles qui sont en vigueur à Rome et en Italie. Il n'y a pas à vrai dire dans la province un centre judiciaire unique pour toute la circonscription. Il est vraisemblable que sous l'influence du procédé suivi pour les préfectures (235) italiques la loi d'organisation de la province désigne les localités que les citoyens romains fréquentent en grand nombre et ordonne au gouverneur de tenir son tribunal successivement dans chacune d'elles et d'inviter pour l'époque des audiences les citoyens romains de la région. C'est surtout à l'aide des Romains qui répondent à cet appel que l'on établit dans chaque région une liste de récupérateurs, pour le choix desquels le préteur jouit ici de la même liberté qu'à Rome (p. 205) (2). La coutume, d'après laquelle le gouverneur

avec celle des tribunaux des gouverneurs de province (Cicéron, *Pro Quinctio*, 12, 41 : *et in provincia jus dicebatur et Romae judicia fiebant*) comme elle concourait avec celle des tribunaux des préfets extra-urbains (p. 260 n. 1). Le gouverneur a le droit de renvoyer à Rome des actions pour lesquelles il est compétent (Cicéron, *Verr.*, 3, 60, 138. 139. *Ad fam.*, 13, 26. 56).

(1) Cicéron mentionne (*Verr.*, 5, 41, 108) une action d'injures intentée par un demandeur sicilien contre un citoyen romain; le procès chanté par Horace, *Sat.*, 1, 7, est sans doute aussi une action de ce genre entre deux citoyens romains. Action *per sponsionem*, quant au fond accusation de vol et par conséquent *judicium capitis*, chez Cicéron, *Verr.*, 5, 54, 141. Les actions, prescrites par l'édit de Verrès pour le cas de lésion du fermier de la dîme par le contribuable et pour le cas inverse et tendant à une condamnation quatre ou huit fois supérieure à la valeur du dommage (Cicéron, *Verr.*, 3, 10-14), sont aussi des actions privées analogues à l'action de vol.

(2) *St. R.*, 2, 231, n. 3. 3, 528. 529 [*Dr. publ.*, 3, 266, n. 1. 6, 2, 132-133]. Nous ne répétons pas des choses connues et qui ne concernent pas directement le droit pénal. La faculté, juridiquement reconnue, de choisir librement les récupérateurs provinciaux, à côté desquels on trouve aussi pour la province le *judex unus* (Cicéron, *Verr.*, 2, 13, 33. 3, 11, 28. c. 58, 135), est confirmée d'une manière générale par les Verrines. Les critiques adressées à Verrès à l'occasion des jurés qu'il emploie, notamment parce qu'il les choisit dans sa suite (Cicéron, *Verr.*, l. 2, 13, 34), ont un caractère tout à fait personnel et on ne trouve ni pour cette époque

emploie l'été à parcourir ainsi sa circonscription, s'est maintenue jusqu'à l'époque la plus tardive malgré la réduction d'étendue des provinces opérée postérieurement (1).

La coercition du gouverneur en l'absence de juridiction répressive.

Le préteur provincial est aussi peu juge répressif que le préteur de la capitale; le procès pénal public ne peut pas au début se dérouler ailleurs qu'à Rome. Toutefois le préteur provincial est certainement investi à l'intérieur de son gouvernement du pouvoir de coercition intégral, tel que nous l'avons décrit dans la Section II du présent Livre ; il a même la coercition capitale contre le non citoyen et jusqu'à l'époque des Gracques contre le citoyen (p. 166). Il a cependant à cet égard une situation différente de celle du détenteur de l'*imperium* à Rome ; celui-ci a pour première obligation de pourvoir à la sécurité publique et de réprimer les crimes graves, tandis que dans la province le service de sûreté et
(236) la justice criminelle incombent aux autorités locales, surtout en ce qui concerne les indigènes; le préteur n'y joue qu'un rôle complémentaire comme magistrat chargé de toute l'administration. Quant aux délits commis par des citoyens romains, il faut tout d'abord se rappeler qu'il n'y a pas, ou pour ainsi dire pas, de communautés de citoyens dans les provinces à l'époque républicaine. Il n'y a donc à tenir compte ici que de la population romaine flottante, principalement composée

---

ni pour l'époque postérieure aucune indication qui permette d'affirmer qu'il y a eu une limitation formelle de ce droit pour les magistrats provinciaux par analogie avec les prescriptions des lois judiciaires faites pour la ville de Rome. La radiation d'un nom de la liste des récupérateurs est une flétrissure (Cicéron, *Pro Flacco*, 4, 11 ; Pline, *Ad Traj.*, 58). L'institution existe encore sous le Principat (Pline, *Ad Traj.*, 58). Les Siciliens avaient obtenu par écrit la garantie que dans les procès entre un Romain et un non Romain le juré serait de la même nationalité que le défendeur (p. 272 n. 1); en Cilicie cette faveur dépendait du bon vouloir du gouverneur (Cicéron, *Ad Att.*, 6, 1, 15). *St. R.*, 3, 745, n. 2 [*Dr. publ.*, 6, 2, 384, n. 2].

(1) Cicéron, *Verr.*, 5, 12, 29. Strabon, 3, 4, 20, p. 167. *C. Th.*, 7, 10, 2. 6. *C. Just.*, 1, 40, 6. *Nov. Majoriani*, 2, 4. 7, 13. *Nov. Just.*, 28, 5, *pr.* et surtout Cassiodore, *Var.*, 5, 14, 7. 12, 15, 7, où l'on voit qu'à l'époque récente le gouverneur ne pouvait visiter aucun lieu plus d'une fois par an et ne pouvait exiger nulle part des diètes de plus de trois jours.

de commerçants. Les autorités municipales provinciales n'ont pu avoir qu'à titre exceptionnel le pouvoir répressif sur ces citoyens romains (p. 129). Cet état de choses concorde bien avec ce qui nous est dit de l'intervention en matière pénale des gouverneurs de province à l'époque républicaine. Il n'est nulle part question d'une véritable administration de la justice pénale de la part de ces gouverneurs (1) et l'introduction de la procédure des *quaestiones* à Rome n'a pas pu donner naissance à la procédure pénale provinciale. Comme nous l'avons exposé plus haut, la fonction du gouverneur consiste toujours à maintenir les sujets et surtout les esclaves dans l'obéissance et à réprimer toute faute contre le gouvernement. La préture, comme telle, comprend bien la juridiction sur les citoyens et les pérégrins, mais nullement les fonctions des différents présidents de *quaestiones;* ces fonctions sont conférées aux magistrats désignés par la loi spéciale (2) et les gouverneurs de province n'ont certainement pas, lors de leur création, appartenu à cette dernière catégorie. C'est à peine si le besoin d'une telle procédure (237)

(1) Le fait qu'une femme de Smyrne est conduite devant le proconsul d'Asie, P. Dolabella, comme meurtrière de son mari et de son fils, et que ce magistrat la renvoie devant l'aréopage (Val. Max., 8, 1 amb. 2; d'après lui, Aulu-Gelle, 12, 7 et Ammien, 29, 2, 19) n'a aucune force probante pour cette époque parce que nous n'avons aucun renseignement chronologique sur ce gouverneur; c'est seulement en vertu d'une conjecture qu'on le considère comme le préteur devant lequel Cicéron défendit Cécina. Mais même si cette identification était exacte, la compétence du gouverneur de province ne pourrait pas être déterminée d'après ce cas tout à fait particulier. Le tribunal municipal peut aussi bien poser une question au gouverneur que celui-ci en poser une ensuite à l'aréopage.

(2) Papinien, *Dig.*, 1, 21, 1, *pr.* : *quaecumque specialiter lege vel senatus consulto vel constitutione principum tribuuntur, mandata jurisdictione non transferuntur... et ideo videntur errare magistratus, qui, cum publici judicii habeant exercitionem lege vel senatus consulto delegatam, veluti legis Juliae de adulteriis et si quae sunt aliae similes, jurisdictionem suam mandant*, ce qui est encore corroboré par ce fait que la *lex Julia de vi* ne permet au magistrat, chargé de l'appliquer, de déléguer ses pouvoirs qu'en cas d'absence. Donc, de même que la *lex repetundarum* donne le pouvoir répressif au préteur, *cujus hac lege quaestio erit*, de même, la direction de chaque *judicium publicum* n'appartient pas au préteur comme tel, mais à celui auquel la *quaestio* a été attribuée par le sort.

a pu se faire sentir dans les provinces. Vis à vis de la population romaine flottante, l'inquisition et la coercition prétoriennes, ainsi que le pouvoir de renvoyer le coupable à Rome dont les gouverneurs n'ont pas pu être privés, ont suffi à l'époque républicaine. Pour les provinciaux résidants, il y a le tribunal local autonome. De même, lorsque des communautés de citoyens naquirent au-delà des mers, ce qui n'eut lieu avec quelque importance que depuis la chute de la République, elles eurent, comme les communautés italiques du même genre, leur loi municipale et leurs *judicia publica* propres. Toute l'œuvre des gouverneurs de province, à savoir le peu de bien qu'ils ont accompli (1) et tout le mal qu'ils ont réalisé, peut se ramener à l'usage et à l'abus que ces magistrats ont fait de la puissance qui leur avait été donnée pour pourvoir à la sécurité publique. Le meilleur gouverneur que Rome ait eu, Q. Mucius Scaevola, consul en 659-95, pendant son proconsulat d'Asie, non seulement traita avec équité comme juge civil les fermiers de l'État romain, ce qui était exceptionnel, mais il fit même crucifier à cause de ses méfaits leur administrateur supérieur, au moment même où celui-ci devait être affranchi (2). Il fit ainsi de la

(1) Cependant, en regard des lois préexistantes que les Romains trouvaient dans les provinces et qui devaient présenter d'une façon très sensible les inconvénients réunis de la démocratie et du particularisme, l'intervention, arbitraire comme toujours, du commandant militaire étranger fut maintes fois sans aucun doute un bienfait. On rapporte de L. Asullius, gouverneur de Sicile à l'époque de Marius, qu'il ne se contenta pas, comme les gouverneurs romains antérieurs, de nommer des tuteurs aux orphelins et aux veuves, mais qu'il intervint même dans l'administration de la justice en leur faveur. (Diodore, 37, 8, 4. Cpr. Cicéron, *In Verr.*, l. 1, 56, 146).

(2) Diodore, 37, 5, 2, p. 607 : τῶν δημοσιωνῶν ἀνομήματα διωρθώσατο. Πᾶσι γὰρ τοῖς ἠδικημένοις ἀκριβῆ κριτήρια προστατεύων καταδίκους ἐν ἅπασιν ἐποίει τοὺς δημοσιώνας, καὶ τὰς μὲν ἀργυρικὰς βλάβας τοῖς ἠδικημένοις ἐκτίνειν ἠνάγκαζε τὰ δὲ θανατικὰ τῶν ἐγκλημάτων ἠξίου κρίσεως θανατικῆς. Ὅτε δὴ τὸν κορυφαῖον τούτων οἰκονὸμον (= *vilicus*), διδόντα μὲν ὑπὲρ τῆς ἐλευθερίας πολλὰ χρήματα καὶ συμπεφωνηκότα πρὸς τοὺς κυρίους, φθάσας τὴν ἀπολύτρωσιν καὶ θανάτου καταδικάσας ἀνεσταύρωσεν. Cpr. Cicéron, *Ad Q. fr.*, 1, 7, 21. Le proconsul n'attire donc aucunement à lui les procès capitaux, mais il inflige la peine de mort, si, à l'occasion de l'administration de la justice civile, il découvre des crimes capitaux commis par des esclaves. En vertu d'un mandat

coercition capitale un usage sérieux qui eut lieu cette fois (238)
en faveur des provinciaux. Si dans l'administration de Verrès en Sicile on fait abstraction de son rôle comme préteur civil, on reconnaît nettement chez ce misérable, dont il est difficile que Cicéron ait fortement exagéré l'indignité, l'abus non pas à proprement parler de la justice pénale, mais du droit de souveraineté absolue de Rome. Les Verrines, qui nous renseignent d'une manière détaillée sur la situation de gouverneur de province à l'époque de Sylla, ne nous indiquent nulle part une institution organique qui réservât au gouverneur la justice pénale provinciale sous une forme quelconque et dans certaines limites.

La juridiction répressive du gouverneur de province sous le Principat.

Si les gouverneurs de l'époque républicaine n'étaient dans l'étendue de leur ressort, d'une part, que des juges civils romains et, d'autre part, des administrateurs de la souveraineté romaine, ils sont devenus sous le Principat les véritables détenteurs de la justice d'empire, en particulier sur le terrain du droit pénal lui-même. Cette transformation se rattache essentiellement à ce fait qu'avec la monarchie la suprématie de Rome a été remplacée par la souveraineté de l'Empire. L'état de nos connaissances ne nous permet pas de prouver dans le détail comment ce changement s'est opéré, ni quels empereurs sont intervenus d'une manière décisive dans cette évolution qui en général s'est accomplie d'elle-même, ni de quelle manière ils l'ont fait. Il est vraisemblable que les innovations essentielles, à savoir la limitation de l'autonomie des communautés dans l'application du droit pénal et la transformation du droit de provocation, remontent à Auguste sous lequel la justice criminelle du gouverneur de province paraît déjà fonctionner dans toute sa plénitude (1). Cette justice occupe cer-

spécial du Sénat, le préteur de Sicile, Licinius Nerva, rend la liberté à un certain nombre de pérégrins qui en ont été privés à tort (Diodore 36, 3). — La plus folle manifestation de l'arbitraire du gouverneur est la menace de la peine de mort pour le cas de violation judiciairement prouvée de la loi sur la dîme, si toutefois le récit qui nous est fait à cet égard est exact (Cicéron, *Verr.*, 3, 28, 69).

(1) Volesus Messalla, consul en l'an 5 ap. J.-C., puis gouverneur d'Asie

tainement sous les Flaviens (1) et dans les ouvrages juridiques
(239) de l'époque postérieure une place prépondérante (2). Elle se présente toujours comme une *cognitio* du magistrat dans laquelle il n'est pas défendu d'admettre un accusateur (3) et où fonctionne l'institution du *consilium* (4). Mais la procédure pénale devant le gouverneur de province n'a pas été soumise à la règle restrictive de l'intervention obligatoire du jury, telle

---

sous Auguste, fit exécuter le même jour 300 hommes et qualifia ce fait de véritable acte royal ; il fut puni de cette cruauté par le Sénat (Sénèque, *De ira*, 2, 5 ; Tacite, *Ann.*, 3, 68). Un autre gouverneur de la même province, C. Silanus, comparut devant la justice sous Tibère pour une *saevitia* du même genre (Tacite, *Ann.*, 3, 66-69). Il est difficile de concevoir des méfaits de cette sorte, sans admettre une juridiction étendue du gouverneur de province.

(1) Sous Domitien, la procédure criminelle du gouverneur de province paraît fonctionner avec pleine efficacité (Pline, *Ad Traj.*, 56. 57. 58). Sous Trajan, Marius Priscus, gouverneur d'Afrique, est accusé de s'être laissé corrompre et d'avoir ainsi condamné un chevalier romain à l'exil et sept de ses amis à la mort ; il est également accusé d'avoir condamné un autre chevalier au travail des mines et de l'avoir fait étrangler dans sa prison (Pline, *Ep.*, 2, 11). Pline fait, comme gouverneur de Bithynie, exécuter ceux qui sont accusés de christianisme et qui ne sont pas citoyens romains, lorsqu'ils se refusent à abandonner leur croyance (*Ad Traj.*, 97 : *duci jussi*). Les actes authentiques des martyrs, comme ceux des martyrs scillitains et des martyrs lyonnais, nous montrent l'application de la même procédure pénale. Un proconsul d'Asie fit, sous Hadrien, torturer un brigand (Philostrate, *Vit. soph.*, 1, 25, 9). Si Polémon (chez Philostrate, *Vit. soph.*, 1, 25, 2), sous Hadrien, donne aux habitants de Smyrne le conseil de faire régler par leurs tribunaux les procès tendant à une peine pécuniaire et de ne pas s'occuper de ceux où il s'agit de meurtre, de vol dans un temple et d'adultère, parce que ces derniers, réclament un juge muni du *jus gladii* (δικαστοῦ γὰρ δεῖσθαι αὐτάς — τὰς δίκας — ξίφος ἔχοντος]), l'allusion au gouverneur de province est claire. — Une description vivante de la procédure pénale devant le gouverneur nous est surtout donnée, en dehors des *Actes des Apôtres*, 25 et sv., par la défense personnelle d'Apulée sous Antonin le Pieux dans un procès de magie qu'il eût à soutenir devant le gouverneur d'Afrique.

(2) Ulpien, *Coll.*, 14, 3, 1 : *frequens est etiam legis Fabiae cognitio in omnibus tribunalibus praesidum* où cette juridiction pénale est opposée à celle des procurateurs qui ne fonctionnent pas comme gouverneurs. Il n'est pas besoin d'autres preuves.

(3) Verrès dans les procès capitaux qui se déroulent devant lui en Sicile nomme comme accusateur tantôt un Romain, tantôt un Sicilien (Cicéron, *Verr.*, 2, 38, 94. 5, 41, 108).

(4) Cicéron, *Verr.*, 5, 6, 12. c. 8, 18. c. 44, 114. Apulée commence ainsi sa défense : *Maxime Claudi quique in consilio estis* (cpr. c. 65. 67). *Act. ap.*, 25, 12 : Ὁ Φῆστος συλλαλήσας μετὰ τοῦ συμβουλίου ἀπεκρίθη.

qu'on la trouve dans la procédure civile, même devant les gouverneurs, et telle qu'elle s'est étendue dans la justice urbaine aux procès criminels. Elle revêt un aspect différent suivant qu'elle s'applique au non citoyen ou au citoyen.

Justice pénale du gouverneur sur les non citoyens.

Pour les pérégrins, auxquels appartenaient encore sous le Principat la grande majorité des provinciaux, le véritable tribunal répressif, d'après l'organisation de l'empire romain, était, comme on l'a déjà dit, l'autorité locale autonome. Mais il est difficile que ces tribunaux, pris dans l'ensemble, aient été appropriés à ce but ; ils se laissent, en effet, trop facilement entraîner par les deux tendances extrêmes d'une mauvaise administration de la justice pénale : la faiblesse et la dureté. L'autonomie, qui se rencontre principalement dans les petites villes ou les petits États, donne rarement aux tribunaux locaux l'énergie politique qui permet la modération. Ceux-ci ont dû assez souvent soit montrer une indulgence et des ménagements débonnaires, soit abuser du droit strict avec la cruauté de l'ignorance et le déchaînement de la passion, tandis que la politique sournoise, qui domine dans ces milieux restreints, souvent pire que la plus mauvaise justice de la grande puissance, rend par son peu d'importance même le contrôle de l'État difficile (1). Le gouvernement plus énergi- (240)
que du Principat ne toléra pas au même degré ce que le gouvernement indolent de la République avait souffert ; il trouva d'ailleurs dans les institutions existantes des points d'appui pour son intervention. La mission d'assurer la sécurité publique, telle que les gouverneurs de la République l'avaient remplie, était susceptible, à raison de son imprécision et de son défaut de limites, de recevoir la plus large extension dans le domaine de la justice criminelle et pouvait, simplement en se

(1) Qu'on se rappelle comment les juifs lynchèrent le diacre Etienne qu'ils accusaient d'apostasie (*Act. ap.*, 6, 7) et comment les grands prêtres juifs du IIIe siècle usurpèrent dans les mêmes conditions en matière de crimes religieux la juridiction capitale. Ce sont là des faits que les contemporains d'Origène décrivent et que le gouvernement romain toléra tacitement à l'époque de la décadence (p. 139 n. 3.).

régularisant et en se généralisant, se transformer en une administration ordinaire de la justice pénale. En outre, si l'on fait abstraction des communautés assez peu nombreuses auxquelles l'autonomie avait été concédée par un acte écrit de l'État, le gouvernement de l'Empire était autorisé de plein droit à restreindre, tant dans les cas particuliers que d'une manière générale, l'exercice du pouvoir répressif par les communautés (1). L'affirmation d'un écrivain du IIIe siècle d'après laquelle le gouvernement romain prétendait avoir le droit de vie et de mort est probablement déjà vraie pour les débuts de l'époque impériale (2) et les origines de ce mouvement peuvent même

---

(1) Les titres lyciens de l'époque d'Hadrien et d'Antonin le Pieux relatifs à Opramoas (Heberdey, *Opramoas, Inschriften vom Heroon zu Rhodiapolis*, Vienne, 1897) ont mis en pleine lumière la complète dépendance des assemblées municipales des cités sujettes vis-à-vis du gouverneur dans toutes les affaires d'administration. Même l'affranchissement d'un esclave de la cité était soumis à la confirmation par le gouverneur de province (*Cod.*, 7, 9, 1). Il devait vraisemblablement en être de même pour l'administration de la justice.

(2) Parmi les récits de la passion du Christ, concordants dans l'ensemble et conformes aussi sur les points essentiels à la vérité historique, le plus pur paraît être celui de Marc, 14, 64 : οἱ δὲ πάντες (le grand prêtre avec le sanhédrin), κατέκρινον αὐτὸν εἶναι ἔνοχον θανάτου... 15, 1 : δήσαντες τὸν Ἰησοῦν ἀπήνεγκαν καὶ παρέδωκαν Πιλάτῳ... 15, 15 : ὁ δὲ Πιλᾶτος... παρέδωκεν τὸν Ἰησοῦν φραγελλώσας, ἵνα σταυρωθῇ. 15, 16. 24 : οἱ δὲ στρατιῶται... σταυροῦσιν αὐτὸν καὶ διαμερίζονται τὰ ἱμάτια αὐτοῦ (d'après le droit militaire romain. *Dig.*, 48, 20, 6). C'est l'autorité locale (Jean, 18, 3. 12, nomme certainement à tort pour cet acte le tribun et la cohorte) qui opère l'arrestation et fait subir l'interrogatoire ; le délit est aussi traité d'après le droit juif. Mais le gouverneur interroge également Jésus qu'on amène devant lui déjà condamné. La peine capitale est alors infligée par le gouverneur romain, et par suite elle n'est pas exécutée par la lapidation, mais par des soldats romains dans la forme romaine au moyen du crucifiement que subissent en même temps deux voleurs de grand chemin. La plus ancienne rédaction dément que le gouverneur ait donné cette confirmation, en se fondant sur ce fait que « le roi des Juifs » était coupable de lèse-majesté ; car Pilate, bien que le Christ ait répondu affirmativement à sa question (Marc, 15, 2), le considère comme innocent et tient sa réponse pour celle d'un esprit exalté. D'après cet exposé, Pilate cède malgré sa conviction personnelle à la pression de la masse fanatique. Il est vrai que l'apôtre Luc (23, 2. 14), dans sa tendance à motiver son récit, a construit le crime de lèse-majesté et Jean (19, 12-16) met en cause dans son récit le loyalisme de Jésus vis-à-vis de l'Empereur et le présente, presque dans le même sens que les accusateurs, comme punissable pour violation de la loi juive (Joh., 18, 31. 19, 7). Le lavement des

remonter au temps de la République. Les meilleurs gouverneurs sont précisément ceux qui ont assez fréquemment restreint les pouvoirs des magistrats municipaux en matière de juridiction capitale. Pour les peines privatives de liberté, les plus voisines des peines capitales, c'est-à-dire pour la relégation grave, la déportation, les travaux forcés, les magistrats municipaux n'avaient pas en principe la possibilité juridique de les prononcer; elles ne pouvaient être infligées que par les autorités de l'empire. De même, pour les condamnations pénales à la confiscation du patrimoine ou à des amendes pécuniaires élevées, il y avait des raisons suffisantes pour ne pas les laisser à la disposition arbitraire d'une cité, d'autant plus que la fiscalité, signe de la décadence politique, faisait dans la dernière période sentir son influence en pareille matière. On peut par suite admettre comme vraisemblable que la justice pénale indépendante des peuples non romains a été réduite relativement assez vite à des moyens de répression modiques (1). Il est probable que la direction du procès et la reddition de la sentence ont tout d'abord continué d'appartenir aux autorités autonomes, sauf confirmation par le gouverneur; mais comme cette confirmation ne pouvait pas être donnée sans une révision du procès et que l'appel proprement dit n'était guère possible vis à vis des pérégrins, cette procédure abou- (241)

mains de Pilate, que Marc ne mentionne pas, est à vrai dire une impossibilité étant donnée la manière dont ce jugement a été prononcé et exécuté. L'invitation adressée par le magistrat romain aux Juifs de juger le Christ d'après leur loi, c'est-à-dire dans une instance capitale (Joh., 18, 31), est encore plus impossible ; car il devait savoir au moins aussi bien que les Juifs qui lui répondaient : ἡμῖν οὐκ ἔξεστιν ἀποκτείνειν οὐδένα. Cpr. aussi le récit de l'exécution de Jacques par les Juifs pendant la vacance du gouvernement de la province (Eusèbe, *H. e.*, 2, 23). Si la communauté juive, relativement indépendante à cette époque, était subordonnée au gouvernement romain pour l'administration de la justice capitale, à plus forte raison en était-il ainsi pour les cités pleinement assujetties.

(1) Le statut local de Mylasa sur le change, de l'époque de Septime Sévère (p. 139, n. 1), donne à l'assemblée municipale le droit d'infliger au contrevenant libre une peine pécuniaire modérée et à l'esclave la correction ou l'emprisonnement jusqu'à six mois.

tissait au fond à faire prononcer la sentence par le gouverneur. — Le gouverneur avait le droit d'envoyer un pérégrin à Rome pour qu'il y fût jugé par le tribunal impérial (1), mais il n'usa de cette faculté qu'à titre exceptionnel.

Justice pénale du gouverneur sur les citoyens.
(242) Le nombre des citoyens romains dans les provinces alla toujours croissant sous le Principat et surtout le droit de cité romaine fut fréquemment attribué à cette époque à des communautés entières jusqu'à ce que cette faveur fut accordée au début du IIIe siècle à toutes les villes de l'Empire (p. 143). Ces villes de citoyens avaient surtout besoin d'autorités répressives ; leur autonomie restreinte a dû être pour ce service aussi insuffisante dans les provinces qu'en Italie (p. 262). De même qu'ici la justice pénale sérieuse a passé aux délégués impériaux, c'est-à-dire aux préfets de la ville, et au tribunal impérial dirigé directement par le commandant de la garde impériale, de même elle a été transportée dans les provinces aux gouverneurs. L'évolution s'est vraisemblablement produite de la manière suivante : la coercition contenue dans l'*imperium* prétorien s'est, en s'appuyant sur les lois criminelles urbaines, étendue aux délits visés par celles-ci et s'est transformée de la sorte en justice pénale. Si les cours judicaires des *judicia publica* ne pouvaient pas être transportées aux provinces, les catégories de délits et les prescriptions de peine s'appliquaient sans difficulté au procès devant le gouverneur et la procédure d'accusation pouvait aussi sans inconvénient être admise pour ce procès dirigé par un magistrat, exactement comme la loi Julia sur la faillite et maintes autres lois ont été rendues applicables aux provinces par une constitution impériale (2).

Complément par l'administration de la justice de la capitale.
L'*imperium* prétorien ne conférait certainement pas le pouvoir d'appliquer aux citoyens romains les peines les plus graves; une intervention du gouvernement d'empire à titre com-

(1) Des renvois de ce genre nous sont indiqués par Josèphe (*Vita*, 3 et *Ant.*, 20, 131=6, 2) et peut-être aussi par Lucien (*Tox.*, 17), qui n'indique pas la condition juridique du meurtrier.

(2) *Cod.*, 7, 71, 4. Gaius, 3, 121 a, 122.

plémentaire était ici nécessaire. Elle était requise d'une part pour les peines qui ne pouvaient être exécutées à l'intérieur même de la circonscription, ce qui était le plus souvent le cas pour les peines graves de liberté (1); elle était d'autre part réclamée par la restriction de l'*imperium* militaire, réalisée déjà par la constitution républicaine, mais augmentée par la *lex Julia de vi*: en effet, le détenteur de cet *imperium* ne pouvait infliger au citoyen romain ni la peine de mort, ni la flagellation, ni la mise aux fers et il devait en cas de procès capital ad-
mettre la provocation (2). Lorsque le procès tendait à l'appli- (243)
cation d'une de ces peines privatives de liberté, le gouverneur le dirigeait lui-même, mais ne prononçait la sentence que sous la forme d'une proposition de peine faite à l'Empereur; si celui-ci repoussait la proposition, une autre peine devait y être substituée soit par l'Empereur, soit par le gouverneur. En cas de crime capital, le gouverneur devait, après avoir établi le bien fondé de l'accusation, s'abstenir de toute condamnation formelle (3) et renvoyer l'accusé devant les tribunaux de la capitale seuls compétents pour prononcer la peine de mort contre un citoyen romain, notamment devant le tribunal impérial.

Jus gladii des gouverneurs.

Cette concentration de la juridiction capitale sur les citoyens

---

(1) Ce point est traité dans le Liv. V à propos des peines privatives de liberté.

(2) Paul, 5, 26, 1 : *lege Julia de vi publica damnatur, qui aliqua potestate praeditus civem Romanum antea ad populum [provocantem], nunc imperatorem appellantem necaverit necarive jusserit torserit verberaverit* (*condemnaverit* à rayer) *inve publica vincula duci jusserit...* De même, Ulpien, *Dig.*, 48, 6, 7, où pour *ad populum* [*provocantem*] l'on a mis *adversus provocationem*. Le récit qui nous est fait de l'intervention des *procuratores* de Judée, Antonius Félix et Porcius Festus, sous Néron contre l'apôtre Paul (*Act.*, 25, 11 : Καίσαρα ἐπικαλοῦμαι) concorde dans tous les détails avec ces règles, notamment pour la mise aux fers (*Act.*, 22, 29) et la flagellation (*Act.* 22, 25. Cpr. 25, 27).

(3) C'est ce que confirme l'excellente description du procès de l'apôtre Paul. Le gouverneur pense devoir faire un rapport sur l'état de la cause (*Act.*, 25, 27 : ἄλογον γάρ μοι δοκεῖ πέμποντα δέσμιον μὴ καὶ τὰς κατ' αὐτοῦ αἰτίας σημᾶναι). Cependant lorsque la provocation est introduite, il n'a plus le droit de prononcer un jugement, pas même un acquittement (*Act.*, 26, 32), il y a dans cet acte une récusation du tribunal.

romains dans la ville de Rome et principalement, sinon exclusivement, dans le tribunal impérial n'a vraisemblablement pu dès le début se produire qu'avec des restrictions importantes et plus le droit de cité romaine s'est étendu dans les provinces, plus il devenait nécessaire d'élargir le pouvoir répressif des gouverneurs. Cela eut lieu par le même procédé qu'à Rome et en Italie : ici l'empereur délégua à titre permanent sa juridiction capitale au préfet de la Ville, là il transféra « le droit de glaive », *jus gladii* (1), ou même « la pleine puissance de magistrat », l'*imperium merum* (2), aux différents gouverneurs. Les détails sont peu connus. Il est possible qu'Auguste ait déjà fait des délégations de ce genre (3), mais il est vraisemblable qu'elles n'ont eu lieu au début que pour chaque cas particulier (4).

(244) Plus tard le *jus gladii* apparaît avec des formes et des limi-

---

(1) *Jus gladii* : Ulpien, *Dig.*, 1, 18, 6, 8, et autres textes cités plus loin ; *honores juris gladii* : *Vita Alex.*, 49 ; *gladii potestas* : *Dig.*, 1, 16, 6, *pr.* = 50, 17, 70. C'est le *jus gladii* de celui qui a le commandement militaire (Dion, 52, 22. 53, 13) appliqué aux civils ayant le droit de cité romaine dans les provinces. C'est pourquoi il est aussi désigné comme le droit général de punir (p. 285 n. 3).

(2) *Imperium merum* : *Dig.*, 1, 21, 1, 1 (où le terme *lex* d'après le début du texte désigne la loi spéciale et embrasse la constitution impériale) l. 5, 1.

(3) Le procès de meurtre vraisemblablement capital, qui sous Auguste se déroule devant le proconsul Pison à Milan (Suétone, *De clar. rhet.*, 6), ne peut, comme Pison paraît avoir été gouverneur (*St. R.*, 2, 239, n. 1 [*Dr. publ.*, 3, 274, n. 1]), s'expliquer que par une délégation de ce genre. Dion, 53, 14, semble aussi rapporter à Auguste l'attribution du *jus gladii* au gouverneur.

(4) Les récits de la violation du droit de provocation par Capiton (Dion, 64, 2), vraisemblablement gouverneur de la Germanie supérieure, et par Galba, gouverneur de Tarragone (Suétone, *Galb.*, 9) sont ainsi faits que ces personnes paraissent ne pas avoir eu le *jus gladii*. Pline, pendant son gouvernement de Bithynie dans lequel il eut une compétence particulièrement large, envoie à Rome, pour qu'ils y soient définitivement jugés, les citoyens romains qui lui sont dénoncés comme chrétiens (*Ad Traj.*, 96, 4 : *quos quia cives Romani erant adnotavi in urbem remittendos*) ; il n'a donc pas eu le *jus gladii* ou ne s'en est pas servi. Par contre, on ne reproche pas à Marius Priscus d'avoir fait exécuter des citoyens romains, mais d'avoir fait exécuter des innocents (p. 278 n. 1) et Polémon sous Hadrien rappelle à ses concitoyens le *jus gladii* du proconsul d'Asie (p. 278 n. 1).

tes précises, parmi lesquelles nous pouvons discerner les suivantes :

1. Le *jus gladii* n'est pas une émanation du pouvoir général des gouverneurs, il repose sur un mandat spécial de l'empereur de telle façon que son détenteur ne peut pas le transférer à d'autres personnes (1).

2. Le *jus gladii* était attribué depuis une date inconnue, mais certainement déjà au IIIe siècle, à tous les gouverneurs de rang sénatorial (2) et n'est par conséquent pas indiqué dans leur titre. Par contre, les procurateurs qui fonctionnent comme gouverneurs ne l'ont pas régulièrement et l'ajoutent par suite à leur titre, lorsqu'ils le reçoivent (3).

3. Le *jus gladii* paraît fréquemment avoir été attribué ou tout au moins exercé avec cette restriction que le gouverneur recevait la direction du procès et le pouvoir de prononcer la sentence, mais qu'il devait avant l'exécution obtenir la confirmation impériale. C'est de cette manière qu'il a été appliqué dans la Lyonnaise sous Marc-Aurèle (4).

4. Le *jus gladii* a vraisemblablement été accordé de tout temps avec des restrictions personnelles; ceux qui appartiennent à la noblesse sénatoriale héréditaire et les détenteurs du cheval public investis d'une noblesse personnelle ont été (245)
ordinairement soustraits au *jus gladii*. Nous reviendrons sur ce point dans la Section relative aux tribunaux spéciaux à certains états.

5. A partir du IIIe siècle, peut être depuis que les villes de

(1) *Dig.*, 1, 16, 6, *pr.* = 50, 17, 70, p. 289 n. 2.

(2) Ulpien, *Dig.*, 1, 18, 6, 8 : *qui universas provincias regunt* (par conséquent pas les légats des diocèses : p. 288 n. 2) *jus gladii habent*.

(3) Josèphe, *Bell.*, 2, 8, 1 = 117 : ἐπίτροπος τῆς ἱππικῆς παρὰ Ῥωμαίοις τάξεως Κωπώνιος πέμπεται μέχρι τοῦ κτείνειν λαβὼν παρὰ Καίσαρος ἐξουσίαν ou, comme il dit *Antiq.*, 18 *in pr.* : ἡγησόμενος Ἰουδαίων τῇ ἐπὶ πᾶσιν (mais aussi sur les citoyens) ἐξουσίᾳ. *Acta Perpetuae*, c. 6 : *Hilarianus procurator, qui tunc loco proconsulis Minuci Timiniani* (Ὀπιανοῦ : traduction grecque) *defuncti jus gladii acceperat*. *C. I. L.*, II, 484. III, 1919 (*add.*) VIII, 9367. IX, 5439. Les procurateurs de Judée, devant lesquels Paul comparait comme justiciable, n'ont pas le *jus gladii*. Cpr. O. Hirschfeld dans les *Sitz. Ber. der Berliner Akademie* 1889, p. 438.

(4) Eusèbe, *Hist. eccl.*, 5, 1, 44. 47.

l'Empire ont toutes reçu le droit de cité, la division du peuple en personnes de condition (*honestiores*) et en petites gens (*plebeii* ou *humiliores*), qui sera exposée plus complètement dans la dernière Section du Liv. V, a une importance marquante pour le taux des peines ainsi que pour le droit de provocation. Les petites gens sont, comme les non citoyens, soumises d'une manière absolue au *jus gladii*; les personnes de condition conservent le droit de provocation dans la forme précédemment indiquée, de telle façon que le gouverneur dirige le procès et décide, mais doit en dehors des cas de nécessité admettre l'appel à l'Empereur. Nous reviendrons sur ce point dans le Liv. III à propos des voies de recours et dans le Liv. V à propos du taux des peines.

Il nous reste à parler des représentants et des auxiliaires des gouverneurs dans l'administration de la justice pénale.

Liberté pour le gouverneur de déléguer son pouvoir répressif.

Tandis que dans la juridiction urbaine, lorqu'elle s'exerce suivant une forme juridique arrêtée (1), la délégation est d'habitude légalement prescrite ou légalement prohibée de telle façon que l'arbitraire du magistrat ne peut guère s'y exercer (2), c'est le contraire qui se produit en principe pour la juridiction non urbaine (3). La libre délégation des *imperia* juridictionnels, considérée comme un élément essentiel de la juridiction non liée par un mandat légal spécial (4), doit

---

(1) La coercition, dans la mesure où elle est possible à Rome, y a certainement comporté la liberté de délégation; mais nous savons trop peu de choses à cet égard pour traiter de cette dernière à propos de la coercition.

(2) On peut citer comme particulièrement significative en ce sens l'impossibilité pour le directeur de *quaestio* absent de se faire représenter, sauf en cas d'action de violence (p. 239 n. 3).

(3) *St. R.*, 1, 229 et sv. [*Dr. publ.*, 1, 260 et sv.].

(4) Papinien, *Dig.*, 1, 21, 1, *pr.* : *quaecumque specialiter vel lege vel senatusconsulto vel constitutione principum tribuuntur, mandata jurisdictione non transferuntur*; *quae vero jure magistratus competunt, mandari possunt.* Ulpien, *Dig.*, 2, 1, 3 : *jurisdictio est etiam judicis dandi licentia*, passage où l'on fait peut-être allusion à la nomination d'un juré, mais où l'on pense

être étudiée ici à propos du gouvernement de province, où nous la rencontrons dès l'époque républicaine et où le *judex pedaneus* fonctionne principalement. Elle ne se limite toutefois pas au gouvernement de province; elle s'exerce également, même abstraction faite de la juridiction civile (1), dans la juridiction consulaire-sénatoriale et avec l'étendue la plus large dans la juridiction impériale. (246)

Le mandat doit être considéré en principe comme un ordre; il n'appartient donc pas au mandataire de refuser la mission qui lui est donnée et de renvoyer la juridiction au mandant. Mais cela n'empêche évidemment pas les fonctionnaires impériaux, notamment ceux qui sont haut placés, de s'en remettre comme bon leur semble, pour des affaires pénales rentrant dans leur compétence, à la décision personnelle de l'empereur (2).

Délégation aux magistrats inférieurs ou adjoints aux gouverneurs de province.

Il faut dans la juridiction déléguée distinguer, ainsi que les sources l'indiquent (p. 289 n. 4 p. 290 n. 1) entre le mandat donné à un magistrat inférieur et celui qui est donné à un particulier. En ce qui concerne le gouverneur de province, le magistrat auxiliaire qui lui a été adjoint dès le début, c'est-à-dire le questeur, dont la principale fonction est de tenir la caisse et les comptes, doit en outre exercer dans le ressort de son préteur la juridiction civile des édiles curules étrangère au droit pénal, de même que le gouverneur y exerce de son

---

surtout et peut-être exclusivement à l'exercice de la juridiction par un représentant. J'ai déjà mis en garde (*St. R.*, 2, 980, n. 1 [*Dr. publ.*, 5, 271, n. 1.]) contre la tendance, courante chez les historiens du droit, mais qui rend toute intelligence du droit romain impossible, à confondre le juré de la vieille époque avec le *judex datus* de nos sources juridiques qui ignorent la procédure par jurés.

1. On rencontre ici la liberté de délégation (le *judex datus*) notamment dans les *cognitiones* consulaires-prétoriennes sur les affaires de fidéicommis, de tutelle et autres affaires semblables. Aulu-Gelle, 12, 13, 1. *Dig.*, 42, 1, 15. *pr.* 49, 1, 1, 3. tit. 3, 1, peut être aussi *Dig.*, 1, 21, 2, 1.

(2) C'est ainsi que le préfet de la ville, Pison, expédie enchaînée à Capri vers Tibère, pour que celui-ci procède à un interrogatoire personnel, une personne qui avait été accusée de vol devant son tribunal; il ne l'envoie vraisemblablement devant l'empereur qu'à raison d'une déclaration du coupable chargeant le prince juif Agrippa d'un crime de lèse-majesté (Josèphe, *Ant.*, 18, 6, 5 = 169).

côté la juridiction civile prétorienne (1). Les autres aides sénatoriaux du gouverneur, les *legati*, ne peuvent pas être considérés comme magistrats à l'époque républicaine. Mais ils le sont devenus sous l'Empire pendant lequel on donne, en vertu d'une règle fixe, dans les provinces sénatoriales trois légats avec des ressorts spéciaux (*dioeceses*) au proconsul consulaire et un seul au proconsul prétorien et on accorde à tous l'*imperium* proprétorien (2). — Les gouverneurs des provinces impériales ne reçoivent sous leurs ordres ni questeurs, ni légats propres; toutefois dans la plupart de ces provinces les légats des légions, nommés certainement aussi par l'Empereur (3), prennent de même que les légats pour l'administration de la
(247) justice (*juridici*) (4) une situation auxiliaire analogue à côté de ceux qui sont chargés du gouvernement de la province. Tous ces magistrats participent à l'administration de la justice en vertu d'un mandat du gouverneur. Le questeur a été fréquemment employé de cette manière à l'époque républicaine (5), son intervention ne peut plus être prouvée pour l'époque postérieure, vraisemblablement parce que les *legati* magistrats prirent sa place. Ceux-ci, déjà utilisés de la même manière sous la République (6), peuvent dans la suite, sans que cela préjudicie à leur situation de mandataires, être considérés comme des magistrats auxiliaires permanents pour l'administration de la justice du gouverneur (p. 288 n. 2). Il est probable que les légats impériaux de rang inférieur précédemment nommés exerçent aussi dans les provinces impériales la juridiction à côté des gouverneurs (7).

(1) Gaius, 1, 6, *St. R.*, 2, 564 et sv. ; cpr. 2. 246 [*Dr. publ.*, 4, 266 et sv.; cpr. 3, 283].

(2) *Dig.*, 1, 16, 5. tit. 21, 4, *pr.* Dion, 53, 14. *St. R.*, 1, 232, n. 2. 2, 246 [*Dr. publ.*, 1, 264, n. 2. 3. 282].

(3) *St. R.*, 2, 246 [*Dr. publ.*, 3, 282].

(4) *St. R.*, 1, 231 [*Dr. publ.*, 1, 263.]. Domaszewski, *Rhein. Mus.*, 46 (1891) p. 601.

(5) Cicéron, *Divin. in Caec*,, 17, 56. *Verr.*, 1. 2, 18, 44. Suétone, *Caes.* 7. *St. R.* 1, 231. [*Dr. publ.* 1, 263].

(6) Cicéron, *Pro Flacco*, 21, 49.

(7) Dion, 52, 22, conduit à admettre que les légats des légions partici-

La compétence de ces magistrats auxiliaires ou adjoints du gouverneur est de même nature que celle du gouverneur lui-même et renferme notamment le pouvoir d'établir un jury dans les procès civils (1), mais elle est, du moins plus tard, inférieure à celle du magistrat supérieur. On fait remarquer, en particulier à propos des légats du gouverneur de province sénatoriale, que le *jus gladii*, ne reposant pas sur la compétence prétorienne générale mais sur une délégation impériale (p. 285 n. 1), ne pouvait pas leur être transférée (2) et qu'ils (248) devaient renvoyer au gouverneur les cas criminels graves (3).

Délégation au *judex pedaneus*, simple particulier.

Le transfert de la juridiction à un particulier ne se sépare, à notre connaissance, de celui qui a lieu au profit d'un magistrat qu'en un point : le magistrat, quoique mandataire, peut faire de son côté une délégation du même genre (4), le parti-

---

paient à l'exercice de la juridiction. Si d'après le *votum* sénatorial de l'époque de Marc-Aurèle (Bronze d'Hispalis, *C. I. L.*, II S., 6278 = Bruns, *Fontes* [6] p. 198, l. 41) : *his qui provinciae praesidebunt et legatis* (des gouverneurs de provinces sénatoriales) *vel quaestoribus vel legatis legionum vel iis qui jus dicunt c(larissimis) v(iris)* aux *legati juridici* de rang sénatorial) *aut procurator[ibus] maximorum principum, quibus provinciae rector mandaverit*), le gouverneur de province impériale pouvait transférer aux trois dernières catégories mentionnées la surveillance de l'institution des gladiateurs, il doit avoir eu la même faculté au regard de la juridiction.

(1) Cela s'applique aussi au questeur (p. 288 n. 7). Cicéron, *Pro Flacco*, 21, 49 : *M. Gratidius legatus, ad quem est aditum, actionem se daturum negavit*. Le même, *ad Att.*, 5, 21, 6 : *Q. Volusium* (compagnon qui n'est pas de rang sénatorial)... *misi in Cyprum... ne cives Romani pauci qui illic negotiantur jussibi dictum negarent, nam evocari ex insula Cyprios non licet*. Inscription d'Aquinum, *C. I. L.*, X, 5393 du temps de Tibère : *praef. fabr. j(ure) d(icundo) et sortiend(is) judicibus in Asia* ; inscription de Capène *C.*, XI, 3943 : *adsedit magistratibus populi Romani ita ut in aliis et in provincia Asia custodiar(um)* [*causa* (Cpr. *Dig.*, 1, 16, 6, *pr.*); *item*] *in urna judicum*.

(2) *Dig.*, 1, 16, 6, *pr.* = 50, 17, 70. 1, 21, 1, 1. 1. 5. Dion, 53, 14.

(3) *Dig.* 1, 16, 11 : *si quid erit quod majorem animadversionem exigat, reicere legatus apud proconsulem debet*; *neque enim animadvertendi* (*coercendi* paraît une glose) *vel atrociter verberandi jus habet*. C'est pourquoi ils sont, d'après Dion, 53, 14. 55, 27, quant au nom πρεσβευταί, quant au fond πάρεδροι. D'après la constitution de 320 (*Cod. Th.* 1, 12, 3, = *Cod. Just.*, 1, 35, 1), ils n'ont dans les affaires criminelles que l'instruction et le proconsul décide; une constitution postérieure de 400 (*C. Th.*, 1, 12, 8) recommande aux deux parties l'observation de ces limites sous peine d'une amende grave.

(4) *Dig.*, 1, 16, 12 : *legatus mandata sibi jurisdictione judicis dandi jus habet*. tit. 18, 8. tit. 21, 1, 1. l. 4, *pr.* 5, 1, 12, 1.

culier, au contraire, n'a pas le droit en tant que mandataire de transmettre son mandat (1). Celui-ci peut être donné à toute personne au gré du gouverneur (2), mais ce dernier s'adresse de préférence à ses assesseurs (p. 158) et aux officiers romains présents dans la province (3). Le représentant ne reçoit pas la totalité des pouvoirs qui s'attachent à la fonction de gouverneur, mais seulement ceux sans lesquels une procédure juridique ne peut être exercée (4); il reste simple particu-
(249) lier (5) et ne rend pas la justice au tribunal (6). Son activité consiste au début surtout dans l'établissement des jurys (7) et, lorsque ceux-ci ont disparu, dans la *cognitio* avec tous ses accessoires (8). Sa situation, qui ne repose pas sur un man-

---

(1) *Dig.*, 1, 21, 5, *pr.*

(2) Un tel mandat n'est pas donné facilement à plusieurs personnes; cependant on trouve une délégation à des magistrats municipaux (*Cod.*, 7, 64. 4).

(3) *Inscription de Thorigny* (p. 158 n. 2) : *adsedit etiam in provincia Num(idia) Lamb[aes]ense M. Valerio Floro trib(uno) mil. leg. III Aug. judici arcae ferrar(iarum)*. Un préfet de cohorte statue en 124 dans une affaire d'hérédité sur le mandat (ἐξ ἀναπομπῆς) du gouverneur d'Egypte (Bruns, *Fontes* [6], p. 364 [Girard, *Textes* [3], p. 839]). Dans un procès du même genre le scribe royal Menander statue en 135 en vertu d'un mandat identique (Bruns, *Fontes* [6], p. 367 [Girard, *Textes* [3], p. 842]).

(4) Paul, *Dig.*, 1, 21, 5, 1 : *mandata jurisdictione privato etiam imperium quod non est merum* (ou, comme il le dit, *Dig.*, 1, 21, 1, 1, *quod jurisdictioni cohaeret*) *videtur mandari, quia jurisdictio sine modica coercitione nulla est.* Cette restriction juridique se manifeste aux points de vue suivants : le représentant n'a pas le droit de convoquer le *consilium* du gouverneur (*Dig.*, 1, 21, 2, *pr.*); il ne cite pas, mais « requiert » (Justinien, *Cod.*, 3, 1, 15 : *quod et in pedaneis judicibus observari censemus, licet non citati, sed requisiti litigatores mala conscientia afuerint*) et la peine infligée à ceux qui par violence empêchent de répondre à une citation du juge ne s'applique pas ici (*Dig.*, 2, 7, 3, 1 : *si quis ad pedaneum judicem vocatum quem eximat, poena ejus edicti cessabit*).

(5) Paul, *Dig.*, 1, 21, 5, 1 (n. 4).

(6) *Cod.*, 2, 46, 3, *pr.* C'est tout au moins une question douteuse de savoir si l'on peut expliquer par ce fait la dénomination de *judex pedaneus* (*St. R.*, 3, 963, n. 1 [*Dr. publ.*, 7, 148, n. 2]); χαμαιδικαστής vient certainement de là.

(7) Les preuves en ce sens ont déjà été citées p. 289 n. 1 à propos de l'autre groupe de mandataires.

(8) Aulu Gelle, 12, 13, 1 : *Romae a consulibus judex extra ordinem datus. Dig.*, 1, 18, 8, 9 : (*praeses*) *aestimare debet, utrum ipse cognoscat an judicem dare debeat.* 5, 1, 12, 1. l. 81. 49, 1, 21, 1. l. 23, *pr. Cod.*, 7, 64, 2, 6. Lorsque nos sources parlent de *judex datus*, elles visent la *cognitio*.

dat des parties mais sur un mandat du magistrat, n'est pas celle d'un arbitre, elle s'en rapproche simplement (1). Les anciennes sources ne connaissent pas d'autre terme pour le désigner que l'expression générale de juge en y ajoutant fréquemment le nom du magistrat qui l'a nommé (2). Depuis le commencement du IIIe siècle apparaît l'appellation de « juge inférieur », *judex pedaneus* (3) ou χαμαιδικαστής (4). Cette représentation par l'intermédiaire de personnes non officielles a été vraisemblablement de tout temps une institution subsidiaire employée surtout pour les procès de moindre importance (5); il n'y a cependant jamais eu à cet égard de restriction légale et le juge inférieur n'a même pas été exclu des instructions criminelles (6). Etant donnée la grande étendue des anciens gou- (250)
vernements de province, le gouverneur a dû, avant Dioclétien, recourir dans une large mesure pour l'administration de la justice au moyen de la représentation. La division des grandes provinces de l'Empire, accomplie par Dioclétien, n'a pas eu pour moindre but de rendre de nouveau effective l'adminis-

---

(1) *Dig.*, 5, 1, 81. 26, 5, 4. 42, 1, 15, *pr.* 49, 1, 23, *pr.* *C. Th.*, 11, 30, 63. *Cod. Just.*, 2, 3, 29, 2. 3, 3, 2. 7, 63, 2, 4. 5. Dans un langage imprécis il s'appelle *arbiter pedaneus* (*Cod.*, 2, 7, 25, *pr.*) ou même simplement *arbiter* (*Cod.*, 7, 44, 1, ne peut pas être compris autrement) et la glose (n. 4) assimile *judex pedaneus* et *arbiter*.

(2) *Judex datus ab illo* est la forme habituelle.

(3) *Judex pedaneus* se rencontre pour la première fois chez Ulpien (*Dig.*, 2, 7, 3, 1, 3, 1, 1, 6. 26, 5, 4) et Paul (5, 28, 1 = *Dig.*, 48, 19, 38, 10). L'addition apparaît, parce que plus tard *judex* seul désigne le plus souvent le gouverneur de province.

(4) *Gloses gréco-lat.*, 2, 475, Götz : χαμαιδικαστής, *pedaneus judex, arbiter*. De même Lydus, *De mag.*, 3, 8 et les *Basiliques*. La glose σήλεκτος χαμαιδικαστής inexacte quant au fond qu'on rencontre chez Suidas et ailleurs remonte, d'après une communication que me fait Wentzel, aux gloses vraisemblablement peu anciennes portant le nom de Cyrillus (Cpr. Reifferscheid, *Rhein. Mus.*, 43, 457 et sv.)

(5) L'empereur Julien dans la constitution *C. I. L.*, III, 457 (en abrégé *C. Th.*, 1, 16, 8 = *Cod. Just.*, 3, 3, 5) ordonne que le *judex celsior* expédie les affaires importantes et remette les moins graves aux *judices pedanei, hoc est qui negotia humiliora disceptent*. Cpr. *Dig.*, 3, 1, 1, 6.

(6) *Cod.*, 3, 1, 15. De même chez Ulpien, *Dig.* 48, 19, 32 : *si praeses vel judex ita interlocutus sit* : *vim fecisti*, c'est au *judex pedaneus* qu'on pense. Prépondérance des affaires civiles : *Cod.*, 9, 22, 11.

tration directe de la justice par le gouverneur (1). Mais elle n'écarte aucunement l'institution de la représentation, celle-ci reste en vigueur jusque dans la dernière période.

En règle générale, on peut interjeter appel du magistrat auxiliaire ou du mandataire privé à l'autorité qui a donné le mandat ; c'est là le point de départ de l'appel de réformation, sur lequel nous reviendrons dans le Livre suivant.

---

(1) Dioclétien, *Cod.*, 3, 3, 2 : *placet nobis praesides de his causis, in quibus, quod ipsi non possent cognoscere, antehac pedaneos judices dabant, notionis suae examen adhibere, ita tamen, ut si... omnia hujusmodi negotia non potuerint cognoscere, judices dandi habeant facultatem.* Si Ulpien ne permet pas au gouverneur d'interdire, lors de la nomination d'un représentant, l'appel au magistrat représenté (*Dig.*, 49, 2, 1, 4), une telle mesure doit vraisemblablement obvier à l'accroissement débordant de la représentation.

SECTION VIII

LA PROCÉDURE PÉNALE CONSULAIRE-SÉNATORIALE

La procédure pénale sénatoriale du Principat.

La procédure pénale républicaine des magistrats et des comices, exposée dans la Sect. III de ce Livre, tomba en désuétude pendant la dernière période de la République. Elle fut rétablie par Auguste (1) qui l'étendit à tous les sujets de l'Empire et qui, au lieu de limiter les pouvoirs du magistrat par l'autorité des comices, subordonna le jugement des consuls à la majorité exprimée par le Sénat de l'Empire fonctionnant comme *consilium* consulaire. Vis à vis des sujets de l'empire qui n'étaient soumis à aucune juridiction romaine ordinaire cette procédure remonte même à l'époque républicaine (p. 122 et sv.). L'extension aux citoyens romains de cette procédure pénale qui avait à l'époque antérieure un caractère administratif est la conséquence nécessaire du transfert au Sénat de la puissance souveraine de l'État antérieurement détenue par le peuple. La transformation du *senatus* en *senatus populusque Romanus* (2) est le fondement de toute l'organisation d'État créée par Auguste et surtout du tribunal suprême de l'empire. Il n'y a pas de témoignages historiques relatifs à la création de ce dernier ; mais celui-ci est indubitablement l'une des institutions par lesquelles le nouveau mo-

(1) Cette filiation est relevée par Tibère (Tacite, *Ann.*, 4, 19) : *solitum magistratibus diem privatis dicere.*

(2) *St. R.*, 3, 1252 et sv. [*Dr. publ.*, 7, 484 et sv.].

narque mit fin à la période révolutionnaire. Cette institution trouva vraisemblablement aussi un appui dans la cour martiale consulaire-sénatoriale établie par le parti aristocratique
(252) du dernier siècle de la République, dont on rencontre en fait des applications dans la procédure criminelle contre les Gracques et les partisans de Catilina (1) et sur laquelle nous reviendrons plus loin. Il ne faut pas, en effet, réunir dans un même exposé cette procédure employée seulement en cas d'extrême nécessité et le procès consulaire-sénatorial régulier du Principat.

Compétence. Le tribunal consulaire-sénatorial (2) est compétent, vraisembablement abstraction faite des litiges déjà pendants (3), pour tout procès pénal sans distinction de délits, qu'il concerne un sujet immédiat de l'empire, les citoyens des villes libres ou les rois clients non soumis à un tribunal romain ordinaire (p. 123). Vis à vis des citoyens romains sa compétence n'était nullement restreinte en droit aux personnes de rang sénatorial (4), mais c'est surtout à ces dernières qu'elle s'appliquait; nous aurons à revenir sur ce point à propos des tribunaux répressifs spéciaux à certains états. Le tribunal consulaire-sénatorial, en fait inférieur au tribunal impérial qui lui est analogue, lui est certainement égal en droit (5), de telle façon que la compétence était tranchée au profit de celui des deux qui était le premier saisi (6). Les affaires pénales militai-

---

(1) Chez Dion 53, 21 : ἔκρινε καὶ καθ' ἑαυτὴν ἡ βουλὴ πᾶσα ὡς καὶ πρότερον la proposition finale est exacte en tant que l'intervention du Sénat contre les Gracques et les procès sénatoriaux du Principat contre des magistrats, quelque différents qu'ils soient, reposent tous deux sur le principe de la puissance souveraine du Sénat.

(2) On trouve des descriptions de procès de ce genre chez Tacite (en particulier contre Libo Drusus, *Ann.*, 2, 27-32 et contre L. Pison, *Ann.*, 3, 10-19) et chez Pline (*Ep.*, 2, 11. 12. 3, 9. 4, 9. 5, 20. 6, 29. 7, 6. 8, 14).

(3) Il n'y a du moins aucune preuve que le tribunal suprême ait pu évoquer un procès pendant devant un tribunal inférieur.

(4) Je ne répète pas ici les preuves données ailleurs (*St. R.*, 2, 120, n. 1 [*Dr. publ.* 3, 137 n. 1]).

(5) Hadrien déclare encore l'appel du Sénat à l'empereur inadmissible (*Dig.*, 49, 2, 1, 2); lorsque l'empereur Caligula ne tenait pas compte de cette règle (Dion, 59, 18), il commettait une violation du droit.

(6) *St. R.*, 2, 963 [*Dr. publ.*, 5, 252].

res n'ont jamais été portées devant le Sénat et elles y seraient venues difficilement, étant données les règles militaires en vigueur sous le Principat. De même, les fonctionnaires nommés par l'empereur n'ont pas été souvent, pour les fautes commises dans l'exercice de leur charge, jugés définitivement par le Sénat (1). Par nature, le procès sénatorial n'est pas une procédure pour des cas d'extrême nécessité ; il n'en est pas moins une procédure d'exception, car la plupart des affaires pénales expédiées par cette voie rentrent dans la compétence d'un autre tribunal ordinaire et le Sénat ne se substitue à ce (253)
dernier que dans des cas particuliers (2), d'autant plus qu'il ne pourrait pas administrer la justice pénale pour la totalité de l'empire. Il peut donc dans chaque cas refuser d'admettre le procès.

Rôle des consuls et de l'empereur dans cette procédure.

L'initiative de cette procédure appartient au consul ; c'est à lui que les dénonciations et les accusations sont portées. En droit, il n'est nullement obligé d'interroger l'empereur pour les admettre (3) ; l'empereur n'a même pas le droit de lui interdire cette admission (4), mais en fait le Sénat s'est de tout temps abstenu de toute initiative dans les affaires importantes. Par contre, l'empereur a fréquemment donné l'ordre au Sénat d'examiner différentes affaires pénales (5).

Cognitio.

Comme la procédure consulaire originaire, et contrairement aux *quaestiones*, cette procédure pénale n'exige pas le con-

---

(1) Cpr. la Section suivante.

(2) Tacite, *Ann.*, 3, 12 : *id solum Germanico super leges praestiterimus, quod in curia potius quam in foro, apud senatum quam apud judices de morte ejus anquiritur.*

(3) Si Tibère (Dion, 57, 20) et Hadrien (*Vita*, 7) désapprouvent l'exécution d'une condamnation capitale accomplie par le Sénat sans qu'on les en ait prévenus, il n'en résulte aucunement que le Sénat ait en cela dépassé sa compétence. Dans le procès de Varenus (Pline, *Ep.*, 7, 6. 10) l'empereur émet un avis sur la question de savoir si une action de *repetundae* dont la province de Bithynie a saisi le Sénat a été retirée ou maintenue.

(4) Tacite, *Ann.*, 3, 70. *Vita Pii.* 7.

(5) Tacite, *Ann.*, 3, 12. Pline, *Ep.*, 6, 31, 4. Dion, 71, 28. *Vita Marci*, 10 : *senatum multis cognitionibus et maxime ad se pertinentibus judicem dedit. St. R.*, 2, 125, n. 2. 963, n. 2 [*Dr. publ.*, 3, 143, n. 2. 5, 252, n. 1].

cours de parties ; elle est une *cognitio* (1) au sens technique du mot et une peine peut être prononcée sans qu'il y ait un accusateur proprement dit (2). Mais comme dans toute *cognitio* le tribunal a le droit de donner aux débats la forme d'une accusation, il procède ordinairement ici par cette voie : en fait, le consul ne recherche pas les délits et des primes sont régulièrement accordées aux accusateurs dans ces procès (3).

Tribunal souverain.

L'application de la procédure par un organe investi en même temps de la souveraineté de l'État a ici les mêmes conséquences que celles qui ont été exposées à propos de la procédure comitiale (p. 197 et sv) : le tribunal répressif consu-
(254) laire-sénatorial est au-dessus des lois (4) ; il n'est pas lié par la distinction des différents délits et peut par conséquent embrasser plusieurs faits punissables dans un seul procès (5) et frapper de peines des actes qui ne sont pas défendus par la loi pénale (6) ; enfin le Sénat a le droit d'augmenter ou de diminuer à son gré le taux des peines fixé par les lois (7).

Procédure.

Au point de vue de la forme, ce procès est soumis au règlement établi pour les délibérations du Sénat. Les débats ne sont pas publics, mais le grand nombre des personnes qui y prennent part leur enlève tout caractère secret. Une prestation de serment de la part des votants n'a lieu qu'exceptionnellement; la récusation n'est pas admise. La procédure suit pour

---

(1) Tacite, *Ann.*, 1, 75, oppose les *cognitiones patrum* aux *judicia* prétoriens. Autres preuves dans *St. R.*, 2, 121, n. 3 [*Dr. publ.*, 3, 138, n. 3].

(2) C'est ainsi que se produit une rectification des habitants de Séna à la suite d'une plainte élevée contre eux par un sénateur (Tacite, *Hist.*, 4, 45 : *secundum veterem morem*).

(3) Les amis de Germanicus qui dans le procès de Pison affirment n'être pas *accusatores*, mais *rerum indices et testes* (Tacite, *Ann.*, 3, 10), sont désignés ailleurs par ce mot (Suétone, *Vit.*, 2). *St. R.*, 2, 121, n. 8 [*Dr. publ.*, 3, 139, n. 4].

(4) A maintes reprises se manifeste que le Sénat ne juge pas en vertu des lois, mais le plus souvent par analogie aux lois (Tacite, *Ann.*, 13, 44 : *sententia patrum et lege de sicariis condemnatur ;* le même, 4, 19 : *quasi... legibus cum Silio ageretur*, cpr. c. 20 : *secundum necessitudinem legis*).

(5) Quintilien, *Inst.*, 3, 10, 1. *St. R.*, 2, 120, n. 5 [*Dr. publ.*, 3, 137, n, 5].

(6) *St. R.*, 2, 121, n. 1 [*Dr. publ.*, 3, 138, n. 1].

(7) Pline, *Ep*,, 4, 9, 17 : *senatui... licet et mitigare leges et intendere* (cpr. 2, 11, 4). *St. R.*, 2, 121, n. 2 [*Dr. publ.*, 3, 138, n. 2].

la présidence, les débats, le vote, la détermination de la majorité, l'intercession tribunicienne, les règles générales en vigueur pour les délibérations du Sénat (1). Mais la procédure sénatoriale, comme la procédure des magistrats et des comices, admet déjà à côté de la défense personnelle l'assistance d'un avocat. Elle se rattache en principe à cet égard à la *quaestio* issue de l'action privée et lui emprunte en même temps que l'accusation son système de défense. Grâce à cet emprunt, la procédure consulaire-sénatoriale revêt le caractère de procédure ordinaire. Le jugement, qu'on appelle ici plutôt *decretum*, *sententia*, *consultum*, est assimilé quant à l'autorité de la chose jugée à celui d'une *quaestio* (2).

(255) Délégation.

On a admis pour notre forme de procédure, comme pour le tribunal du gouverneur de province (p. 289), la délégation du pouvoir de rendre la sentence. Non seulement l'instruction préalable a été confiée aux consuls de telle façon qu'ils fissent un rapport au Sénat et que celui-ci décidât (3) ; mais on a même établi pour différentes affaires pénales des commissions chargées de rendre le jugement définitif (4). Cela a lieu régulièrement dans la seconde partie de la procédure de *repetundae*, comme nous le montrerons à propos de celle-ci. On ne pouvait, en effet, demander au Sénat l'estimation des différentes sommes dues à titre d'indemnité et on confiait

(1) *St. R.*, 2. 121 et sv. [*Dr. publ.*, 3, 138 et sv.]. La réunion de la justice pénale avec des prescriptions d'ordre administratif, comme par exemple dans la procédure contre les habitants de Pompéi et de Nuceria, (Tacite, *Ann.*, 14, 17; cpr. *Hist.*, 4, 45) est également caractéristique pour cette procédure (*St. R.*, 2, 107, n. 1 [*Dr. publ.*, 3, 122, n. 1]). Dans la satire très librement imaginée par Sénèque, la délibération du Sénat des dieux pour l'admission de Claude ne doit pas être considérée comme un procès pénal ; elle se termine plutôt par le refus de l'admission et l'exclusion du ciel et en même temps par l'établissement d'une procédure criminelle (c. 12 *in eum severe animadverti*) qui a lieu ensuite dans les enfers devant Eaque conformément à la loi Cornélia sur le meurtre.

(2) Ulpien, 13, 2 : *ingenui prohibentur ducere... judicio publico damnatam... adicit Mauricianus et a senatu damnatam.*

(3) Tacite, *Ann.*, 14, 17.

(4) D'après Tacite, *Ann.*, 4, 22, Tibère porte une affaire de meurtre devant le Sénat et celui-ci nomme pour ces procès un collège de juges (*datis judicibus*). *St. R.*, 2, 121, n. 5 [*Dr. publ.*, 3, 139, n. 1].

cette mission à un tribunal de récupérateurs, comme au temps antérieur à la *quaestio de repetundis*.

Appel.

La provocation, devant être dans la procédure pénale adressée à la puissance souveraine de l'État, a pu vraisemblablement être portée sous le régime dyarchique du Principat tant aux consuls et au Sénat qu'au *Princeps*, comme elle l'était autrefois au peuple. On trouve en effet ce double appel pour les affaires civiles et le silence des sources pour les affaires pénales n'est sans doute qu'un fait purement accidentel (1).

Le Sénat n'a pas gardé dans la constitution de Dioclétien la situation qui lui avait été donnée par Auguste. Le Sénat de la ville de Rome et celui de Constantinople, celui-ci de rang inférieur au début (2), puis assimilé par l'Empereur Julien à son aîné (3), ne déploient plus dans l'État, abstraction faite de certaines fonctions municipales, une activité qui leur soit propre; ils ne servent en principe au gouvernement que comme organes de publication. Le tribunal consulaire-sénatorial du Principat a disparu à cette époque (4).

(256) Cour martiale sénatoriale de la fin de la République.

La cour martiale consulaire-sénatoriale du dernier siècle de la République et de l'Empire (5) est différente de la procédure pénale consulaire-sénatoriale organisée par Auguste. Dans cette dernière, le Sénat juge sous la présidence des consuls comme organe permanent fonctionnant régulièrement, tandis que la première institution — qu'il faut distinguer de la défense

---

(1) *St. R.*, 2, 106, n. 1 [*Dr. publ.*, 3, 121, n. 2].

(2) *Origo Constantini* (= *Anonymus Valesii*, I) c. 30 : (*Constantinus*) *ibi* (*Constantinopoli*) *etiam senatum constituit secundi ordinis* : *claros vocavit* par opposition aux *viri clarissimi* du Sénat romain.

(3) Zosime, 3, 11, 4 : (Julien) ἔδωκε τῇ πόλει γερουσίαν ἔχειν ὥσπερ τῇ Ῥώμῃ. Libanius à Théodose περὶ τῆς στάσεως p. 633 éd. Reiske : τὸν Ἰουλιανὸν... τὸν ἀντιθέντα τῇ Ῥωμαίων βουλῇ τὴν νέαν.

(4) Si même encore maintenant une procédure criminelle est parfois renvoyée par l'empereur au Sénat, comme celle contre Arvandus (Sidoine, *Ep.*, 1, 7), cette procédure s'explique par la pratique dominante à cette époque de la délégation impériale du pouvoir répressif.

(5) Le sujet est exposé dans son ensemble *St. R.*, 3, 1240 et sv. [*Dr. publ.*, 7, 470 et sv.]; la question ne peut être examinée ici qu'au point de vue du droit pénal.

légitime et directe de l'État causée par une violence exercée immédiatement contre ses organes — est une procédure d'exception que provoque le péril couru par l'État. Celle-ci apparaît comme le pouvoir qui appartenait au magistrat suprême, c'est-à-dire à l'époque républicaine aux consuls, plus tard à l'empereur, d'infliger la peine de mort à toute personne sans distinction de rang, lorsque le Sénat déclarait l'État en danger. L'instruction et la défense n'étaient pas exclues de cette procédure (1), mais le jugement pouvait, le cas échéant, être prononcé même contre l'absent et, lorsqu'un autre mode d'éxécution n'était pas possible, on avait la faculté d'appeler tout citoyen à appliquer la peine (2). Cette procédure se distingue à un double point de vue de celle où se manifeste la magistrature avec plénitude de pouvoirs, telle qu'on conçoit la Royauté et telle qu'elle apparaît temporairement dans la dictature de la première époque de la République, dans la magistrature exceptionnelle de Sylla et dans d'autres semblables (p. 46. 164-165.) : d'une part, cette procédure a pour organe la magistrature régulière ; d'autre part, celle-ci garde l'initiative du procès, mais doit obtenir l'adhésion du Sénat, de telle façon que celui-ci décide en dernière ligne. En droit strict, cette procédure se fonde principalement sur la règle juridique incontestable que la perduellion supprime le droit de cité dès le moment du délit, de telle sorte qu'on peut traiter immédiatement le *perduellis* comme non citoyen, ou plutôt comme ennemi du pays (3). Il en résulte, à vrai dire, que si la sen-

---

(1) Les partisans de Ti. Gracchus dont on s'empara furent admis à se défendre (*St. R.*, 3, 1249, n. 4. [*Dr. publ.*, 7, 481, n. 1] et dans la procédure contre les complices de Catilina, Cicéron fit tous ses efforts pour fournir des preuves contre les conjurés qu'on pouvait atteindre et les amener à avouer.

(2) Les récits que nous possédons signalent spécialement la mise hors la loi. Plutarque, *Ti. Gracchus*, 20 : τῶν φίλων αὐτοῦ τοὺς μὲν ἐξεκήρυττον ἀκρίτους, τοὺς συλλαμβάνοντες ἀπεκτίννυσαν. *C. Gracch.*, 4 (p. 301 n. 2).

(3) C'est le sens de la formule *hostem judicare*. Ceux qui expriment cette pensée de la manière la plus nette sont Cicéron, *In Cat.*, 4, 5, 10 : *C. Caesar intellegit legem Semproniam esse de civibus Romanis constitutam, qui autem rei publicae sit hostis, eum civem nullo modo esse posse* et Paul. *Dig.*, 4, 5, 5. 1, où il compte parmi les individus qui ont perdu le droit de cité ceux

(257) tence déclaratoire est laissée à la discrétion du magistrat ou du Sénat et si une sentence judiciaire n'est pas requise dans ce cas, le droit de provocation se trouve annulé. Nous avons déjà exposé (p. 162 et sv.) que vis à vis de l'*imperium* le non citoyen est sans droit et que le magistrat peut procéder contre celui qui n'est pas défendu et contre l'absent par voie de mise hors la loi sans violer les formes du droit (1). — Envisagée non seulement du point de vue du loyalisme républicain, mais même de celui d'une application consciencieuse du droit, cette procédure était anticonstitutionnelle. La puissance souveraine de la communauté était ici conférée à une majorité du Sénat échappant à tout contrôle et à toute responsabilité et déterminée par le caprice des différents membres et le hasard des présences. Dans cette procédure, la magistrature et le peuple sont soumis théoriquement et pratiquement au Sénat : la première n'est plus, contrairement à l'ancien droit, simplement conseillée par le Sénat, elle est transformée en organe exécutif des volontés de celui-ci, tandis que l'autre perd le plus ancien et le plus important de ses droits souverains, c'est à dire le pouvoir de prononcer en dernier ressort sur la vie et la mort du citoyen. Cette procédure, appliquée avec la logique que les Romains apportent en pareille matière, est révolutionnaire ; elle marque le tournant politique qui conduit de l'État démocratique tout d'abord à la suprématie de quelques-uns et très vite en réalité à la domination d'un seul.

Illégalité de cette procédure.

On ne trouve pas de preuves sûres attestant l'application de cette procédure avant le dernier siècle de la Républi-

Luttes soulevées par la justice martiale.

---

quos senatus hostes judicavit vel lege lata. Ces derniers mots, mutilés semble-t-il, paraissent indiquer qu'au moins en théorie cela peut être réalisé par une loi. En fait, Cicéron (*De domo*, 19, 43) range les proscriptions de Sylla parmi les *privilegia* (cpr. *St. R.*, 3, 336, n. 1 [*Dr. publ.*, 6, 1, 383, n. 3]).

(1) Sur cette pente glissante on ne tarde pas, tant à l'époque républicaine qu'à l'époque monarchique, à perdre de vue la distinction du juste et de l'injuste. A l'époque impériale cette confusion s'accroit par suite des excès des princes et de la propagation contagieuse de leurs folies. Suétone, *Gai.*, 28 : *cum discerpi senatorem concupisset, subornavit, qui ingredientem riam repente hostem publicum appellantes invaderent graphiisque confossum culacerandum ceteris traderent.*

que (1). Elle est née de la réaction contre la réforme constitutionnelle entreprise par Ti. Gracchus dans une forme légale, mais tendant certainement à la destruction de la suprématie du Sénat. La validité de ces lois d'exception a été théoriquement et pratiquement la thèse fondamentale du parti aristocratique, tandis que les démocrates l'ont contestée jusqu'à la fin de la République. Un plébiscite que C. Gracchus fit voter combattit cette conception de la perduellion et disposa expressément que celle-ci ne pourrait être punie que suivant la procédure des magistrats et des comices et que toute exécution accomplie contrairement à cette règle devait être punie comme meurtre (2). Cette lutte de principes se manifeste en fait dans les applications que les consuls P. Popilius en 622/132, L. Opimius en 633/121, C. Marius en 654/100, M. Cicero en 691/63 firent de la justice martiale aristocratique et dans les tentatives plus ou moins couronnées de succès pour faire punir comme meurtres par les tribunaux répressifs les exécutions accomplies de cette manière. La loi Sempronia subsista et le (258)

(1) Tandis que la procédure principale contre Q. Pleminius et même la proposition faite par Q. Fabius (Tite-Live, 29, 19, 5) ne violent pas le droit de provocation, l'exécution capitale faite postérieurement de Q. Pleminius (Tite-Live, 29, 22, 7. 34, 44) paraît avoir été ordonnée par le Sénat sans un vote des comices. Toutefois la tentative faite par cet accusé pour fuir de sa prison et la révolte qu'il suscita pouvaient faire considérer cet acte comme une légitime défense de l'État. — La marche des procès contre les sociétés de Bacchus avec l'exécution capitale dont le Sénat menace tous les coupables (*eeis rem caputalem faciendam* d'après le texte même) pose la question de savoir si l'application de la loi sur la provocation n'a pas été écartée ici (*St. R.*, 2, 112, n. 2 [*Dr. publ.*, 3, 128, n. 1]) ; mais la conjecture formulée, p. 175 n. 3, d'après laquelle la provocation a été réservée ici, reste possible. La justice martiale dans sa forme récente devra toujours, tant au point de vue politique qu'au point de vue historique, être rattachée à l'époque des Gracques.

(2) Plutarque, *C. Gracch.*, 4 : (νόμον) εἰσέφερε εἴ τις ἄρχων ἄκριτον ἐκκεκηρύχοι πολίτην, κατ' αὐτοῦ διδόναι κρίσιν τῷ δήμῳ. Cicéron (avant les Catilinaires !) *Pro Rab. ad pop.*, 4, 12 : *C. Gracchus legem tulit, ne de capite civium Romanorum injussu vestro judicaretur*. Le même, *Por Cluentio*, 55, 151 : *hanc ipsam legem, ne quis judicio circumveniretur, C. Gracchus tulit*. Le même, *In Cat.*, 4, 5, 10 (p. 299 n. 3). Cette manière de tourner la loi sur la provocation, le *judicio circumvenire* (la loi elle-même employait cette expression : Cicéron, *Brut.*, 12, 48) fait de l'exécution capitale un meurtre, ainsi que cela sera exposé dans la Section du Liv. IV relative au meurtre.

même principe fut vraisemblablement répété dans la loi de Sylla sur le meurtre (1); mais les démocrates furent finalement vaincus. Popilius fut puni, mais bientôt gracié ; l'attaque
(259) du même genre dirigée contre Opimius échoua et il en fut de même d'une tentative faite pour atteindre après coup un des survivants des troubles de 654/100 ; les représentants du parti démocratique ne purent pas soustraire les partisans de Catilina à la peine de mort en invoquant l'interprétation de la loi sur la provocation donnée par C. Gracchus (2) ; on réussit à faire punir Cicéron pour cet acte, mais la répression n'eut qu'un effet temporaire. — Lorsque les révolutions eurent pris fin, la monarchie conserva l'instrument créé par les aristocrates et l'utilisa à son profit. Par une ironie fréquente dans l'histoire du monde, la fondation du nouveau gouvernement militaire légalisa l'organisation de l'État établie par le parti républicain du Sénat et les tribunaux d'exception créés par celui-ci furent utilisés par l'autocratie. Grâce à de tels sénatus-consultes reposant sur la souveraineté formelle du Sénat, on écarta sous le Principat différentes personnes ou groupes de personnes, en particulier des prétendants et leurs partisans, sans recourir à une procédure pénale juridiquement organisée : le détenteur du pouvoir les faisait déclarer ennemis (*hostes*) et traiter ensuite suivant cette procédure comme condamnés pour cause de perduellion. Peu importait en droit que la condamnation fût, conformément à la règle primitive,

La juridiction martiale sous le Principat.

---

(1) La loi Cornelia paraît, comme nous l'exposerons à propos du meurtre, avoir été, quant à son contenu, identique à la loi Sempronia. Une telle manière de procéder correspond parfaitement au caractère de Sylla ; il ordonna les proscriptions mais les frappa en même temps, pour l'avenir, de la peine de mort.

(2) Si l'on avait procédé contre Lentulus et ses compagnons suivant la proposition de César (Salluste, *Cat.*, 51, 43) et prononcé contre eux l'emprisonnement et la confiscation de patrimoine, le consul aurait été sans aucun doute compétent pour cette mesure administrative ; pour la confiscation de patrimoine par le consul, qui ne se présente pas ailleurs à titre indépendant, on peut invoquer l'analogie exacte de la *bonorum consecratio* tribunicienne (p. 55). Les deux mesures pouvaient bien être juridiquement critiquables, il n'y avait pas moyen de les considérer comme une violation de la loi Valéria et de la loi Sempronia.

prononcée sur le fondement de ce sénatus-consulte par le magistrat qui dirigeait la procédure, ou que le sénat lui-même condamnât l'ennemi du pays, suivant la proposition de Cicéron et d'après la règle ordinairement observée dans la suite (1). Cette procédure a encore été appliquée plusieurs fois dans la période postérieure à Dioclétien (2).

---

(1) C'est par exemple de cette manière que l'empereur Néron fut condamné en son absence après sa déposition. Suétone, *Ner.*, 49 : *legit* (*Nero*) *se hostem a senatu judicatum et quaeri, ut puniatur more majorum.*

(2) Ainsi en 397 dans le sénat de Constantinople contre Stilicho, dans le sénat romain contre Gildo (spécialement Symmaque, *Ep.*, 4, 7). *St. R.*, 2, 125, n. 3, 1251, n. 1 [*Dr. publ.*, 3, 143, n. 3. 7, 482, n. 3].

SECTION IX

LES TRIBUNAUX IMPÉRIAUX DU PRINCIPAT

Il y a quatre formes différentes dans lesquelles le pouvoir répressif de l'empereur se manifeste : l'administration personnelle de la justice par l'empereur en première et dernière instance, y compris le tribunal de la cour ; la délégation de la juridiction pénale ; la décision en seconde instance sur appel ; la décision sur requête des magistrats.

1. Le tribunal personnel de l'Empereur et le tribunal de la cour.

Fondement juridique de la juridiction impériale.

De même que la procédure pénale consulaire-sénatoriale n'est que le relèvement de celle des magistrats et des comices, de même le tribunal impérial n'est que la reprise de la procédure pénale indépendante du magistrat, telle qu'elle a été exposée dans la seconde Section du présent Livre. Il repose sur l'*imperium* complet et originaire, délivré des limites qui lui sont imposées dans l'exercice des charges urbaines et soustrait notamment à la restriction d'après laquelle la condamnation à mort prononcée par le magistrat doit être confirmée par les comices. Cet *imperium*, que les dictateurs de la vieille République ont possédé dans la ville comme en campagne, est désormais introduit dans l'organisme constitutionnel (1), non plus

(1) Nous avons exposé (*St. R.*, 2, 793 et sv. [*Dr. publ.*, 5, p. 57 et sv.]) que le pouvoir impérial ne s'est pas présenté dès sa naissance comme établi pour une durée limitée.

comme pouvoir exceptionnel et passager, mais comme institution permanente. En droit strict, il se fonde sur la concession d'une juridiction illimitée faite au fondateur du Principat en 724/30 après la bataille d'Actium (1).

Conformément à l'essence de la nouvelle dyarchie, la juridiction consulaire-sénatoriale et la juridiction impériale sont organisées de la même manière. Cette dernière s'étend aussi à ceux qui sont simplement sujets de l'empire, même aux personnes non soumises à la puissance du gouverneur de province, c'est-à-dire aux citoyens des villes libres et aux membres des familles royales clientes des Romains (p. 266) ; elle n'en est pas moins applicable à tous les citoyens romains, y compris ceux des classes privilégiées : chevaliers et sénateurs (2). Le jugement définitif des délits proprement militaires rentre dans le commandement militaire qui a été conféré à titre exclusif au *Princeps*, il n'appartient donc pas à la juridiction de droit pénal ; c'est cependant en vertu de cette dernière que Trajan a attiré devant le tribunal impérial les délits civils des (261) Compétence.

(1) Dion, 51, 19, est le seul qui réponde à la question de savoir de quelle manière le pouvoir judiciaire du *Princeps* a été fondé : après la bataille d'Actium, le Sénat qui apparaît ici comme pouvoir constituant a étendu au territoire extraurbain le pouvoir tribunicien, déjà précédemment conféré à vie au *Princeps* (Cpr. *St. R.*, 2, 795, n. 1 [*Dr. publ* 5, 59, n. 1], et lui a accordé le droit de juger en appel, ἔκκλητον δικάζειν. Ce droit de l'empereur est donc rattaché à la puissance tribunicienne et mentionné par suite dans le titre impérial sous l'expression de *tribunicia potestas*. La filiation historique entre l'appel à l'empereur et la puissance tribunicienne se manifeste encore dans ce fait que, comme nous le montrerons dans la Section relative à l'appel, le délai de deux ou trois jours pour l'interjection d'appel à l'empereur est sans aucun doute dérivé du délai de trois jours pour l'intercession républicaine. Mais sous la dénomination traditionnelle et populaire se cache un accroissement considérable de compétence : non seulement l'appel tribunicien, limité à la ville et n'appartenant qu'au citoyen, est étendu au territoire extraurbain et aux sujets de l'empire en général, mais, en outre, on ajoute au droit de cassation du tribun le pouvoir propre de juger, c'est à dire en d'autres termes qu'on introduit l'appel réformatoire. Ce droit impliquait aussi en quelque sorte la faculté de juger sans appel en première et dernière instance. Ce sénatus-consulte peut donc, bien qu'il présente sa réforme comme s'appliquant à l'appel populaire ou intercession, être également revendiqué pour la théorie de la juridiction.

(2) Cpr. la Section relative aux tribunaux réservés à certains états.

officiers (1) et peut être cette pratique est-elle devenue la règle dans la suite. Les injustices des gouverneurs de province nommés par l'empereur et surtout celles des fonctionnaires des finances institués par lui sont soumises de la même manière, non pas exclusivement en droit, mais de préférence, au
(262) tribunal impérial (2); les annales, inspirées surtout par les comptes rendus du Sénat, montrent que le tribunal sénatorial n'a pas eu fréquemment à statuer sur des délits de ce genre et les tribunaux ordinaires ont dû plus rarement encore s'occuper des délits des fonctionnaires.

Tribunal souverain.

Comme le Sénat, l'empereur n'est pas, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, soumis à la loi. Il n'est lié ni par les définitions ni par les distinctions légales de délits. Il peut à son gré prononcer des peines supérieures ou inférieures au taux légal (3). Tandis qu'à la dernière époque de la République la juridiction capitale sur le citoyen romain est, si l'on ne tient pas compte de la procédure en fait déjà vieillie des magistrats et des comices, pour ainsi dire enlevée aux tribunaux ordinaires tant dans la capitale que dans les provinces (p. 234), elle réapparaît dès le début du Principat avec sa pleine efficacité dans les deux tribunaux suprêmes. Le droit de provocation, qui au dernier siècle de la République appartenait au citoyen romain hors de Rome, consistait dans la récusation du tribunal du gouverneur de province, incompétent pour les affaires capitales. Il a été maintenu du moins comme principe sous le

---

(1) Pline, *Ep.*, 6, 31 : *Caesar et nomen centurionis* (pour avoir séduit la femme d'un tribun militaire) *et commemorationem disciplinae militaris sententiae adjecit, ne omnes ejusmodi causas ad se revocare videretur.*

(2) Tacite, *Dial.*, 7 : *aut reum prospere defendere aut apud centumviros causam aliquam feliciter orare aut apud principem ipsos illos libertos et procuratores principum prospere tueri et defendere.* Dion, 60, 33. Pour la discipline domestique sur les serviteurs esclaves cpr. p. 18 n. 2.

(3) Des atténuations et des remises de peine ont eu fréquemment lieu de la part de l'empereur dans son administration de la justice : Tacite : *Ann.*, 3, 24. Sénèque, *De clem.*, 1, 9. Suétone, *Aug.*, 33, 51. *Tib*, 9. *Claud.*, 14. *Vita Marci*, 24. Hérodien 6, 1. Pour l'aggravation arbitraire de la peine, il suffit de rappeler comment un empereur tel qu'Alexandre Sévère réprimait les tromperies commises dans l'administration de la justice (*Vita*, 28).

Principat (1), mais il a été transformé quant au fond, surtout par la faculté de renvoyer le procès à Rome pour qu'il y soit jugé définitivement par le tribunal compétent de la capitale. Cette faculté existait dès l'époque antérieure, mais ne fut pas alors exercée ; elle ne fut utilisée dans toute sa plénitude que sous le Principat. Sur ce terrain, la justice capitale du sénat s'effaça du moins en fait et le droit d'infliger la peine de mort au citoyen fut monopolisé par l'empereur pour toute l'étendue de l'empire. Par ces règles, par l'organisation constitutionnelle de la toute puissance répressive et notamment par le rétablissement en fait de la peine de mort au profit de la nouvelle monarchie, toute l'administration de la procédure criminelle dépendit de plein droit dans chaque cas concret de la volonté variable de chaque souverain. Il en fut ainsi pendant les six siècles de la monarchie, malgré la diversité d'aspects que l'administration de la justice revêtit suivant la tendance des époques et le caractère des différents souverains. On ne peut reprocher à la justice impériale, (263)
malgré ses excès souvent cruels et fréquemment inintelligents, d'avoir violé le droit ; le souverain ne peut, en effet, rien faire à cet égard qui ne lui soit permis par la constitution.

Tribunal d'exception.

La procédure pénale impériale est, comme celle des consuls et du Sénat, une procédure d'exception susceptible à vrai dire de fonctionner non seulement dans des temps de troubles politiques, mais à toute époque, et cependant destinée à compléter la procédure pénale ordinaire. L'empereur peut donc, comme le Sénat, refuser de juger dans chaque cas particulier; il faut ajouter qu'il a aussi le droit de renvoyer le procès au Sénat. La dissimulation des idées directrices du Principat, dissimulation qui est la caractéristique de ce régime politique, ne permet pas de découvrir des témoignages significatifs

(1) Paul, 5, 26, 1 (p. 283 n. 2). Cette provocation, dans laquelle l'empereur statue en première et dernière instance, ne doit pas être confondue avec l'appel à l'empereur dans les procès capitaux qui souvent aussi est nommé provocation

sur des questions de ce genre; on peut toutefois conjecturer qu'Auguste, en constituant le Sénat en cour judiciaire d'État pour les procès criminels importants à raison de leur caractère politique ou des personnes en cause, a, en quelque sorte sur le modèle de l'ancienne dictature, réservé l'intervention du nouveau monarque pour des cas auxquels la répression suivant les règles strictes de la procédure ne paraîtrait pas appropriée aux circonstances ou dans lesquels la monarchie aurait à se défendre elle-même. C'est notamment par cette voie que les crimes de lèse-majesté et les complots contre l'état de choses établi pouvaient ou être pardonnés en vertu d'une indulgence extrême ou être punis avec une grande rapidité (1). C'est seu-
(264) lement peu à peu et surtout par suite de l'appel réformatoire, dont il sera parlé plus loin, que le tribunal impérial a joué un rôle dans la procédure ordinaire.

Procédure. Au point de vue de la forme, la procédure pénale impériale

(1) On peut rappeler d'une part l'emploi discret qu'Auguste fit de la procédure impériale et d'autre part le récit de Tacite sur la conjuration de Pison sous Néron. En outre, l'exclusion de la publicité qui pouvait paraître désirable dans les hautes sphères, notamment pour les crimes graves, est en fait impossible devant le tribunal consulaire-sénatorial, tandis qu'elle a lieu naturellement devant le tribunal impérial. C'est peut-être pour cette seule raison qu'Auguste a accueilli un procès de parricide et de falsification de testament porté devant lui (Suétone, *Aug.*, 33). Dans un autre procès de meurtre, l'accusateur pria le même empereur d'attirer l'affaire à lui, parce que Germanicus s'était chargé de la défense et qu'il redoutait l'influence de ce dernier sur les jurés ; l'empereur repoussa sa demande (Dion, 56, 24, 7, Boiss.). D'autres influences se sont aussi fait sentir. L'intervention d'Auguste dans un procès très particulier, que nous rapporte Phèdre, 3, 10, mérite d'être mentionnée. La femme d'un homme poussé au suicide par désespoir réclame devant les centumvirs la succession de son mari (*quod bona possideat, stant patroni fortiter*), probablement à titre d'héritière instituée dans le testament. Sa prétention est contestée parce qu'elle est accusée d'avoir poussé son mari à la mort, ce qui, étant donné le large pouvoir d'appréciation du tribunal des centumvirs, pouvait la faire exclure de l'hérédité. Le tribunal s'adresse à Auguste en le priant de rechercher la cause du suicide. L'empereur fait cette recherche et établit que le suicide a été provoqué par un affranchi et punit ce dernier. Cette affaire, dans laquelle une conjecture étrange a voulu voir l'indication d'une compétence criminelle du tribunal des centumvirs, montre plutôt que l'empereur pouvait intervenir comme juge d'instruction et comme juge répressif, même lorsque les conditions requises par le droit pour l'exercice d'un procès pénal faisaient défaut.

est, comme celle des consuls et du Sénat, une *cognitio* (1) : elle ne comprend pas de parties au sens juridique du mot, comme nous en trouvons dans la procédure civile et la *quaestio*, et ce que nous y rencontrons comme accusation est plutôt une dénonciation (2). Toutefois ce principe engendre ici des conséquences essentiellement différentes de celles qu'il produit pour le tribunal consulaire-sénatorial. Devant le Sénat, la nécessité de suivre le règlement de cette assemblée y soumit jusqu'à un certain point la procédure à des règles ; on y transporta en outre l'assistance d'un conseil judiciaire qui était partie intégrante du vieux procès comitial. Le procès impérial est au contraire l'application du droit de la guerre et si, dans un fonctionnement équitable de cette procédure, on fait place à la défense, celle-ci n'est habituellement qu'une défense personnelle. Evidemment, l'assistance de conseils judiciaires n'est pas impossible devant le tribunal impérial, elle est devenue courante dans la dernière période, notamment pour les procès civils dans lesquels on admet d'ailleurs la re-
présentation ; mais le procès pénal, tel qu'il se déroule de- (265)
vant l'empereur lui-même et par suite devant ceux auxquels

---

(1) Quintilien, 3, 10, 1. 7, 2, 20, oppose aux *judicia publica* les *principum et senatus cognitiones*. Tacite, *Ann.*, 3, 10. Il n'y a évidemment pas de règles qui lient l'empereur; mais on peut relever que celui-ci a la faculté, si cela lui paraît convenable, de confier à un fonctionnaire le soin de procéder à l'audition (*C. Th.*, 9, 19, 2 = *C. Just.*, 9, 22, 22, 1 : *relatio, quae solum audiendi mandat officium*). *St. R.*, 2, 964, n. 5 [*Dr. publ.*, 5, 253, n. 5].

(2) Si Néron *non crimine, non accusatore existente, quia speciem judicis induere non poterat*, prononce dans un mouvement de pure violence une condamnation à mort (Tacite, *Ann.*, 15, 69) et si l'empereur Septime Sévère condamne *sine accusatore* le mari qui, au cours du procès d'adultère intenté contre sa femme, est convaincu de proxénétisme (*Dig.*, 48, 5, 2, 6), la mention spéciale faite de ces cas prouve seulement, ce qui va de soi, que l'intervention du tribunal impérial était régulièrement provoquée par une dénonciation. Celle-ci se rapproche au fond de l'accusation. Il est même certain que cette dernière a eu fréquemment lieu devant le tribunal impérial (lorsque Quintilien, 4, 1, 72, parle de la *major potestas* qui oblige les avocats à commencer *ab ipsa re* sans préambule oratoire, il est vraisemblable qu'il pense à l'empereur) ; mais l'accusation en forme est contraire à l'essence de cette procédure et nulle part il n'est question à propos de celle-ci de peines et de récompenses pour les accusateurs.

ce dernier a délégué son pouvoir répressif, exclut ordinairement l'assistance d'un avocat (1).

Reddition personnelle de la justice.

Sous le Principat, tel qu'Auguste l'organisa, l'administration personnelle de la justice est une partie essentielle des fonctions du souverain. Elle a été exercée d'une manière constante jusqu'au cours du IIIe siècle par les empereurs conscients des devoirs de leur charge (2). Le souverain jugeait à Rome, suivant les circonstances en public (3) ou à l'intérieur

---

(1) Le tableau le plus vivant d'un procès capital devant l'empereur personnellement nous est donné dans le procès verbal publié par Grenfell et Hunt (*The Oxyrhynchus papyri*, p. I, n. 33) et se rapportant plutôt à Commode (le θεὸς Ἀντωνῖνος peut bien être Marc-Aurèle comme dans *C. I. L. III*, 239 : *divo Antonino divi Antonini Pii fil.*) qu'à Marc-Aurèle. Un habitant d'Alexandrie, homme de distinction, le gymnasiarque Appien (peut-être fils ou petit-fils de l'historien, également riche habitant d'Alexandrie très considéré qui plus tard parvint à Rome aux charges équestres), faisant partie d'une députation envoyée par sa ville à l'empereur, fut condamné à Rome par ce dernier, peut-être à raison d'une injure commise contre celui-ci au cours des délibérations (κλέος σοί ἐστιν, lui crie un de ses amis, ὑπὲρ τῆς γλυκυτάτης σου πατρίδος τελευτῆσαι). Le consul est présent, mais vraisemblablement parce qu'il a été appelé au *consilium*. Le débat se déroule complètement dans la forme d'un interrogatoire : « Ne sais-tu pas à qui tu parles? » « Parfaitement, » répond Appien, « au tyran. » « Non, mais au souverain (βασιλεῖ). » « Ne dis pas cela, il seyait bien à ton père Antonin de gouverner (αὐτοκρατορεύειν) ; regarde, celui-là était premièrement un philosophe, en second lieu il n'était pas cupide, en troisième lieu il était honnête; chez toi on trouve le contraire de tout cela : tyrannie, indignité (ἀφιλοκαγαθία), cruauté (ἀπαιδία). » Après la condamnation à mort, on lui permet, sur sa demande, de revêtir pour la dernière sortie le costume sacerdotal d'Alexandrie. Puis, lorsqu'il est conduit à travers les rues de Rome, il prend la foule à témoin de l'application sans précédent d'une telle procédure à un magistrat et à un légat d'une grande ville de l'empire. On rapporte à l'empereur l'agitation suscitée par le condamné et cette nouvelle détermine le souverain à rappeler Appien. « Est-ce le Sénat ou toi, chef de brigands, qui me rappelle des portes de l'enfer? », lui dit le légat d'Alexandrie. Il se prévaut alors avec fierté d'appartenir à la noblesse d'Alexandrie et fait ensuite à l'empereur un discours sur la conduite de César vis-à-vis de Cléopâtre, peut-être pour faire ressortir la différence qui existait entre le simple citoyen et la reine d'Egypte.

(2) *St. R.*, 2, 982, n. 1 [*Dr. publ.*, 5, 273, n. 1]. On reproche à Caracalla d'avoir négligé de rendre personnellement la justice (Dion, 77, 17 : ἐδίκαζε μὲν οὖν ἤ τι ἢ οὐδὲν ; Hérodien, 4, 7, 2). La mère d'Alexandre Sévère exhortait constamment son fils à remplir cette fonction de sa charge (Hérodien, 6, 1, 6.)

(3) *St. R.*, 2, 983, n. 2 [*Dr. publ.*, 5, 274, n. 1]. L'empereur Julien a en-

de son palais (1), notamment dans la salle affectée à ce service, dans l'*auditorium* impérial (2); mais il jugeait aussi hors de Rome partout où il séjournait (3). (266)

Le *consilium* impérial.

Conformément à l'usage général, déjà suivi dans la procédure du tribunal domestique (p. 27), l'empereur appelle régulièrement des conseillers pour le prononcé de la sentence et provoque de leur part un vote oral ou écrit (4), mais l'opinion émise par la majorité de ces conseillers ne lie pas l'empereur comme l'avis exprimé par la majorité du Sénat lie le consul (5). Jusqu'à l'époque de Trajan inclusivement, ces conseillers impériaux sont appelés si les circonstances l'exigent et nommés

---

core tranché *pro tribunali* un procès de *repetundae* (Ammien, 18, 1, 4). Suétone, *Claud.*, 15, décrit clairement cette administration publique de la justice. Les actes des *ludi saeculares* de Septime Sévère mentionnent comme se trouvant sur le Palatin le *tribunal Augustorum nostrorum, quod est in area aedis Apollinis*; les empereurs ont du reste rendu la justice publiquement à d'autres endroits.

(1) *St. R.*, 2, 965, n. 4. p. 983, n. 3 [*Dr. publ.*, 5, 254, n. 4. 274, n. 2]. Dans une accusation élevée contre un roi juif, du nom d'Agrippa — peut-être Agrippa II de Chalcis — l'empereur Claude siège [ἐν τοῖς Λουκουλ]λιανοῖς — ou [Σερουι]λιανοῖς — κήποις d'après le procès-verbal dont les fragments nous sont conservés (*Berl. ägypt. Urk.*, 511; Wilcken, *Hermes*, 30, 481 sv.). Pline, *Ep.*, 6, 33, donne un bon tableau d'une audience judiciaire ordinaire dans une villa impériale; parmi les procès politiques de ce genre, celui qui est décrit de la manière la plus détaillée est celui de Pison sous Néron (Tacite, *Ann.*, 15, 54-71). Les débats contre Appien (p. 310 n. 1) doivent aussi avoir eu lieu dans le palais; lorsque celui-ci après sa condamnation fait appel au peuple dans les rues, l'*evocatus* annonce à l'empereur l'agitation qui se produit dans la ville et ce dernier demande au consul quelle en est la cause. Cela n'exclut pas qu'il ait été dans ce cas pris note des déclarations faites; la publicité du procès-verbal par voie de copie peut n'avoir eu lieu qu'après la chute de l'empereur.

(2) *Auditorium* de l'empereur : *Dig.*, 4, 4, 18, 1. 2. 36, 1, 23, *pr. C. Th*, 11, 36, 3. Cpr. Dion, 76, 11 : ἐς τὰς ὀροφὰς τῶν οἴκων τῶν ἐν τῷ παλατίῳ, ἐν οἷς ἐδίκαζεν. *Auditorium majus* : *Dig.*, 42, 1, 54, 1, peut être par opposition à l'*auditorium* des *praefecti praetorio* : *Dig.*, 12, 1, 40.

(3) *St. R.*, 2, 966. 989 [*Dr. publ.*, 5, 255. 281]. L'empereur Marc-Aurèle siégea à Sirmium dans l'affaire d'Herodes Atticus (Philostrate, *Vit. Soph.*, 2, 1, 11).

(4) Suétone, *Ner.*, 15 : *Vita Hadriani*, 8 et ailleurs. Le procédé d'Auguste consistant à donner aux votants la liberté non seulement d'acquitter ou de condamner, mais encore celle de faire grâce, nous prouve combien l'empereur était ici peu lié par la coutume (Suétone, *Aug.*, 33).

(5) Tacite, *Ann.*, 3, 10 : *vera... judice ab uno facilius discerni*. *St. R.*, 2, 992, n. 2 [*Dr. publ.*, 5, 284, n. 1].

pour chaque cas particulier (1). A partir d'Hadrien, le *consilium* impérial semble acquérir une certaine stabilité. Ses membres peuvent encore, suivant la nature de l'affaire, siéger ou être écartés, mais désormais on voit apparaître comme membres permanents du *consilium* dont plusieurs reçoivent une rémunération pour ce service, soit des fonctionnaires déterminés, soit un certain nombre de personnes choisies spécialement dans ce but, notamment des jurisconsultes (2). Parmi eux se
(267) trouvent des sénateurs, mais surtout des chevaliers (3), dans les rangs desquels se recrutent la plupart des fonctionnaires immédiats de l'empereur et les officiers. Les commandants de la garde, les *praefecti praetorio,* prennent de plus en plus une situation prépondérante dans ce *consilium.* Plusieurs causes y contribuent : d'une part, le procès impérial se rattache principalement à la procédure du droit de la guerre et les délits militaires y occupent au début la première place; d'autre part, les accusés, envoyés à Rome pour y être jugés définitivement par l'empereur, doivent y être placés sous une surveillance militaire ou dans une prison militaire, ils sont par conséquent livrés au commandant du grand quartier impérial (4). On conçoit facilement que celui-ci ait pu provoquer

Praefecti praetorio.

---

(1) *St. R.*, 2, 988 sv. [*Dr. publ.*, 5, 279 sv.]. La preuve qu'à l'époque de Trajan il n'y avait pas de *consilium* impérial permanent nous est notamment donnée par Pline (p. 306 n. 1).

(2) *Vita Hadriani*, 18. Nous avons depuis Commode des inscriptions de *consiliarii* impériaux; on ne les appelle pas *adsessores*.

(3) L'empereur Claude siège dans l'affaire du roi Agrippa mentionnée p. 311 n. 1 συνκα[λέσας συμβούλειον..., συνκλητικ[ῶ]ν εἴκο[σ]ι π[έντε, ἐν τούτοις] ὑπατικῶν δέκα ἕξ, πα[ρούσης Ἀγριππίνης Σεβαστῆς μετὰ] τῶν ματρωνῶν, suivant la restitution ingénieuse et vraisemblablement exacte de Wilcken. Décret de Domitien dans le procès de limites entre les *Firmani* et les *Falerienses* (*C. I. L.* IX. 5420; Bruns [6], p. 242 [Girard [3], p. 175]) : *adhibitis utriusque ordinis splendidis viris cognita causa.*

(4) C'est ainsi que l'apôtre Paul est livré à Rome au *praetorium* (*Ad Philipp.*, 1, 13) Un chevalier romain, condamné à l'exil dans une île, λαβὼν ἐν τῇ νήσῳ φονικὴν αἰτίαν ἀπεπέμφθη ἐς τὴν Ῥώμην ὡς ἀπολογησόμενος τοῖς τῶν στρατοπέδων ἡγεμόσι (Philostrate, *Vit. Soph.*, 2, 32). Le relégué en rupture de ban doit, comme le dit Trajan (*Ad Plin.*, 57), *vinctus mitti ad praefectos praetorii mei.* Un soldat chrétien refuse de porter la couronne dans une fête païenne; *res ampliata et reus ad praefectos* (Tertullien, *De cor.*, 1). Les *officiales* des *procuratores*, passibles d'une peine, *ad praefectos praetorii pu-*

la condamnation et exercer ici une influence. Sous Néron, nous voyons ce commandant s'adresser à l'empereur pour recevoir des instructions relativement à deux de ses prisonniers, voleurs de grand chemin, et n'obtenir qu'avec peine une sentence de mort (1). En droit, le tribunal de la cour n'est pas un organe qui représente le souverain; la sentence, pour laquelle le *consilium* disparaît en droit strict, est plutôt la sentence de l'empereur lui-même (2).

Plus tard, les procès civils et criminels les plus importants (268) affluent à ce tribunal pour y être jugés définitivement et celui-ci est aux IIe et IIIe siècles l'organe central pour l'administration de la justice dans l'immense empire (3). Il devait, en présence du fractionnement des prétures de la ville de Rome et de l'éparpillement des tribunaux de gouverneurs dans les provinces, et déjà par le seul effet de son unité et de sa cohésion, jouer un rôle efficace dans l'élaboration pratique et théorique

---

niendi mittuntur, nous dit Paul, 5, 12, 6. En cas de vol avec effraction, le gouverneur de province doit *si majorem animadversionem exigere rem deprehenderit ad Domitium Ulpianum praefectum praetorio... reos remittere* (Alexandre Sévère, *Cod.*, 4, 65, 4). Celui qui promet de livrer un criminel et ne le fait pas doit être envoyé au gouverneur de province ou au *praefectus praetorio* (Gordien, *Cod.*, 8, 40, 13).

(1) Sénèque, *De Clem.*, 2, 1.

(2) *St. R.*, 2, 971 sv. Cpr. ibid., p. 865 sv., p. 1113 sv. [*Dr. publ.*, 5, 261 et sv. 140 et sv. 424 et sv.] C'est pourquoi Dion, 52, 24, ne traite les commandants de la garde que comme officiers et limite leur juridiction à leurs troupes et à la domesticité de la cour (*Caesariani.*) Ces deux catégories de personnes sont soumises tant au tribunal militaire qu'au tribunal domestique et non à la juridiction proprement dite; le tribunal de la cour est le tribunal personnel de l'empereur et les *praefecti praetorio* n'y sont en droit strict que des *consiliarii.*

(3) Une idée nette du tribunal impérial de la cour à l'époque postérieure nous est donnée par les débris des deux collections de *decreta* ou *sententiae imperiales in cognitionibus prolatae* publiées sous Septime Sévère par Paul, membre de ce tribunal : Papinien, Tryphoninus et Paul lui-même, qui appartiennent à ce tribunal, expriment leur opinion et l'empereur décide (*Dig.*, 14, 5, 8 : *dicebamus... sententiam conservavit imperator*; *Dig.*, 32, 27, 1 : *mihi... videbatur*; *placuit humanius interpretari*). Cette procédure est encore décrite avec plus de détails dans un procès fiscal tranché par Marc-Aurèle en 166 (*Dig.*, 28, 4, 3). Le peu d'indications que nos sources nous donnent sur des procès criminels de ce genre (cpr. *Dig.*, 48, 19, 40) s'explique principalement par ce fait que le droit pénal, surtout tel qu'il était alors appliqué, offrait peu de matière à des controverses théoriques.

du droit. Un double fait laisse deviner son importance : à partir de l'empereur Marc-Aurèle le commandement de la garde fut au moins aussi fréquemment donné à des jurisconsultes consommés qu'à des militaires éprouvés (1) et l'empereur Alexandre Sévère ne promulgua aucune constitution sans l'avoir au préalable présentée à une assemblée plénière du *consilium* comprenant au minimum soixante-dix membres parmi lesquels il y avait au moins vingt jurisconsultes (2).

Le tribunal de la cour devient indépendant.

L'évolution que nous venons de retracer tendit à faire disparaître de plus en plus l'administration personnelle de la justice par l'empereur (3); en fait le « projet » de jugement dressé par ceux qui dirigeaient le tribunal de la cour fournissait ordinairement la solution du procès et il ne fut pas rare que l'empereur confiât formellement à ces personnes le soin de trancher telle ou telle affaire concrète (4).

(269) Au cours du IIIe siècle, la conception du tribunal de la cour comme organe propre de l'administration de la justice par l'empereur ne correspondait plus depuis longtemps à la réalité ; elle disparut également en droit et les commandants de la garde devinrent d'auxiliaires de la juridiction personnelle de l'empereur détenteurs d'une juridiction déléguée. Ce changement se révèle notamment (5) dans la division de la juri-

---

(1) *Vita Marci*, 11 : *habuit secum praefectos, quorum et auctoritate et periculo semper jura dictavit.* Sous la dynastie des Sévères notamment, les juriconsultes les plus notables sont en même temps *praefecti praetorio.*

(2) *Vita Alexandri*, 16.

(3) C'est le *periculum* (n. 1).

(4) Sous Commode, le futur empereur Septime Sévère est acquitté par les *praefecti praetorio, quibus audiendus datus fuerat* (*Vita Severi*, 4). Ulpien, *Dig.*, 32, 1, 4 : *a praefectis vero praetorio vel eo qui vice praefectorum* (ms. *praefectis*) *ex mandatis principis cognoscet... deportatos... statim amittere civitatem... constat.* Gordien renvoie aux *praefecti praetorio* une plainte en nullité élevée contre la sentence capitale rendue par un gouverneur de province (*Cod.*, 9, 2, 6). Dioclétien ordonne aux *praefecti praetorio* d'accueillir la dénonciation de meurtre faite par un esclave *juxta adnotationis nostrae decretum* (*Cod.*, 1, 19, 1).

(5) La plupart des textes réunis p. 312 n. 4 parlent, suivant l'ancienne conception, de la remise des prisonniers aux préfets ; Philostrate parle au contraire, suivant la conception récente, du jugement des criminels

diction italique entre le préfet de la ville et les préfets du prétoire (1), dans la faculté accordée à ces derniers de déléguer la *cognitio* (2) et surtout dans la controverse sur le point de savoir si la sentence de ces fonctionnaires pouvait faire l'objet d'un appel à l'empereur (3), la question devant être résolue négativement, si l'empereur lui-même parlait par leur bouche, et affirmativement si ceux-ci fonctionnaient comme mandataires de l'empereur. Cette dernière conception a prévalu dans la suite et a entraîné à l'époque de Constantin la chute du tribunal de la cour, c'est-à-dire de la juridiction personnelle et organisée de l'empeur, et son remplacement pendant la dernière période par les tribunaux des hauts fonctionnaires dont nous parlerons dans la prochaine Section.

2. Les Délégations impériales.

Liberté pour l'empereur de déléguer son pouvoir répressif.

(270)

L'empereur peut, suivant la conception des pouvoirs du magistrat exposée à propos de la juridiction du gouverneur de province (p. 286), exercer sa juridiction tant personnellement que par représentant. Celle-ci n'est jamais concédée à des collèges ni à un délégataire avec obligation de se faire assister par un *consilium ;* le délégataire exerce le pouvoir cédé avec la même liberté que l'empereur délégant. Antérieurement à Constantin on ne voit pas apparaître d'expression officielle et générale pour désigner cette délégation ; on ne se sert alors que de circonlocutions (4) d'où sont sorties

---

par ces fonctionnaires. Les constitutions citées p. 314 n. 4 attestent aussi la transformation des préfets d'auxiliaires en mandataires.

(1) D'après Ulpien (*Coll.*, 14, 3), en Italie, l'instruction pour cause de rapt d'hommes dans la ville de Rome ou dans un rayon de 100 milles autour d'elle appartient aux préfets de la ville : *enimvero si ultra centesimum (sit injuria commissa), praefectorum praetorio erit cognitio.*

(2) Ulpien, *Dig.*, 49, 3, 1, *pr.* Comme simple membre du *consilium* impérial, le préfet ne pouvait pas nommer un juge qui le représentât.

(3) Charisius (sous Constantin) *Dig.*, 1, 11, 1 : *cum antea quaesitum fuisset, an liceret a praefectis praetorio appellare et jure liceret et extarent exempla eorum qui provocaverint.*

(4) Suétone, *Aug.*, 33, décrit ce mandat : *appellationes quotannis urbanorum quidem litigatorum praetori delegabat urbano ac provincialium consularibus*

les dénominations courantes de l'époque postérieure. *judex sacrarum cognitionum* et *vice sacra judicans* (1). En cas de délégation permanente, comme cela a lieu pour le préfet de la ville, on emploie le titre de la fonction.

La délégation peut avoir lieu, soit lorsque l'empereur attire devant lui une affaire qui n'a encore fait l'objet d'aucun procès, soit lorsqu'un appel est interjeté devant lui contre un jugement déjà rendu (2); les délégations générales s'étendent ordinairement tout à la fois aux affaires civiles et criminelles. La procédure se déroule en principe comme celle que dirige l'empereur lui-même, c'est-à-dire suivant les formes ou plutôt suivant le procédé non formel de la *cognitio* (3); toutefois en cas d'appel, lorsque la première procédure a été traitée comme procès avec parties, le délégué doit entendre les deux plaideurs.

Délégation spéciale.

On peut dans les délégations du pouvoir répressif de l'empereur distinguer les catégories suivantes :

1. Le cas le plus simple est celui de la délégation par mandat spécial de l'empereur soit d'un procès isolé (4), soit

---

viris, quos singulos cujusque provinciae negotiis praeposuisset. Deux inscriptions de Suétrius Sabinus, consul en 214, le nomment, l'une (*C. I. L.* X, 5398) : *judex ex dele[g(atu)] cognition(um) Caesarian(arum)*, l'autre (ibid., 5178) : *judex ex delegatu principum in provincia...*; d'autres inscriptions de la première moitié du IIIe siècle nomment un *electus ad cognoscendas vice Caesaris cognitiones* (*C. I. L.*, XIV, 3902) et un *cognoscens ad sacras appellationes* (*C. I. L.*, VI, 1531. 1532). Philippe, *Cod.*, 2, 26, 3 : *adversus sententiam ejus, qui tunc vice principis judicavit.* Virius Lupus, consul en 278, était [*judex s*]*acrarum cognitionum* [*per Aegyptum ?*] *et per Ori*[*en*]*tem* (*C. I. L.*, VI, 31775). A l'époque de Dioclétien, le consul de l'année 301 est appelé *cognoscens vice sacra* (*C. I. L.*, VI, 1718) ou *electus ad judicand(as) sacr(as)* [*appellationes*] (*C. I. L*, VI, 1419) et le préfet de la ville de la même année *judex sacrarum cognitionum totius Orientis* (*C. I. L.*, VI, 1673).

(1) Ces formules sont synonymes. Le consul de 334, Anicius Paulinus, s'appelle dans l'une de ses deux inscriptions (*C. I. L.*, VI, 1682) : *praef. urbi, judex sacrarum cognitionum*, dans l'autre (*C. I. L.*, VI, 1683) : *praef. urbi, vice sacra judicans.*

(2) C'est ce que prouvent les preuves réunies p. 315 n. 4.

(3) C'est ce que prouvent les dénominations groupées p. 315 n. 4.

(4) Nous avons déjà mentionné (p. 123, n. 1) la délégation du procès de Cnide faite par Auguste au proconsul d'Asie. Pline, *Ep.*, 3, 9, 33 : *tamquam*

d'une certaine catégorie d'affaires, notamment des appels (271) venant à l'empereur d'une région déterminée (1). Ces mandats, toujours donnés pour des cas concrets, ont été vraisemblablement très usités, mais ils ne sont jamais comptés au nombre des fonctions publiques et sont rarement cités dans l'énumération des charges occupées par ceux qui les ont reçus.

Jus gladii du gouverneur de province.

2. Nous avons déjà traité, (p. 285 n. 2) dans la Section VII, de la délégation impériale du *jus gladii* aux gouverneurs de rang sénatorial. L'*imperium* que détiennent ces derniers, comme consuls ou légats revêtus de la propréture, ne comprend pas la juridiction capitale sur le citoyen romain. C'est pourquoi l'empereur, lorsqu'il lui paraît pratiquement irréalisable d'envoyer les accusés à Rome, recourt à un expédient et remet le procès capital aux gouverneurs par voie de délégation.

Le préfet de la Ville.

3. Le préfet de la Ville de Rome, dont la fonction est issue de celle du représentant républicain du magistrat supérieur absent et compte par suite au nombre des magistratures républicaines, a pour mission, d'après la constitution d'Auguste, d'accomplir pendant l'absence du souverain les actes de gouvernement que celui-ci fait personnellement quand il est à Rome. Sous Tibère, cette charge devient en fait permanente par suite de l'absence de ce prince pendant plusieurs années et depuis lors le préfet de la Ville fonctionne dans la

---

apud judicem sub Domitiano Salvi Liberalis accusatoribus adfuisset. 7, 6, 8 : *mater amisso filio... libertos ejus eosdemque coheredes suos falsi et veneficii reos detulerat ad principem judicemque impetraverat Julium Servianum* (consul en 107). Après l'acquittement des accusés, la mère demande à raison de preuves récemment trouvées la *restitutio in integrum* : *praeceptum est Suburano* (consul en 104), *ut vacaret finitam causam retractanti, si quid novi adferret. Dig.*, 4, 4, 18, 4. 49, 2, 1, 4.

(1) Auguste donne de cette manière chaque année au préteur urbain les appels qui lui viennent de Rome et à différents *consulares* ceux qui lui viennent des provinces (Suétone, p. 315 n. 4). Sous Dioclétien les appels de tout l'Orient sont renvoyés de la même manière à un seul sénateur (p. 315 n. 4). Dans les autres cas mentionnés *loc. cit.* et vraisemblablement analogues, la région n'est pas indiquée.

capitale même pendant la présence de l'empereur (1). Suivant l'usage reconnu en principe pour les mandats analogues à une fonction publique, le préfet de la Ville a la faculté de se faire représenter (2). Son pouvoir en dehors de la capitale a pu s'étendre au début jusqu'à l'endroit où commençaient les
(272) gouvernements de province; il n'a vraisemblablement été toujours effectif que dans la proximité immédiate de la capitale. Depuis la fin du IIe siècle jusqu'à l'époque des Goths, les compétences ont été réglées de telle façon que la centième pierre milliaire des différentes routes partant de Rome formât la limite du ressort du préfet de la Ville (3), tandis que le reste de l'Italie était soumis exclusivement et immédiatement aux autorités de l'empire, c'est-à-dire au Sénat et à l'empereur (4). Quant à sa compétence, le préfet de la Ville a pour principale mission de contenir dans la capitale populeuse les esclaves et d'une manière générale tous les gens de bas étage; il exerce plus la coercition que la juridiction; (5) de même,

---

(1) *St. R.*, 2, 1059 sv. [*Dr. publ.*, 5, 361 et sv.].

(2) *Dig.*, 1, 12, 3. 5, 1, 12, 1 : *judicem dare possunt... hi quibus id more concessum est propter vim imperii, sicut praefectus urbi.* 49, 3, 1, *pr. : si praefectus urbi judicem dederit... ipse erit provocandus, qui eum dederit judicem.*

(3) P. 315 n. 1. *Dig.*, 1, 12, 1, 4. *St. R.*, 2, 969, n. 2, p. 1075 et sv. [*Dr. publ.*, 5, 259, n. 1, 380 et sv.]. Le fait que des deux fonctionaires impériaux qui fonctionnent en Italie, le préfet de la Ville et le commandant de la garde, le premier s'est surtout occupé des environs de Rome, tandis que le territoire plus éloigné était naturellement assigné à l'autre, remonte certainement à une époque plus ancienne; mais rien n'autorise à reporter la distinction formelle des deux ressorts à une époque antérieure à celle pour laquelle cette division nous est attestée par des témoignages. Certains tempéraments ont dû être apportés à cette division de compétence, au moins pour les territoires coupés par la ligne de démarcation.

(4) Dion, 52, 22, exprime cette idée en spécifiant que le gouvernement militaire impérial embrassait l'Italie, à partir de la centième pierre milliaire des routes qui partaient de la capitale, et les provinces. De même, d'après Ulpien (p. 315 n. 1) les délits commis au delà de la 100e pierre milliaire rentraient dans la compétence non du préfet de la Ville, mais du tribunal de la cour.

(5) Tacite, *Ann.*, 6, 11 : (*Augustus*) *ob magnitudinem populi ac tarda legum auxilia sumpsit e consularibus, qui coerceret servitia et quod civium audacia turbidum, nisi vim metuat.* Un tableau vivant de ce rôle du préfet de la ville nous est donné dans l'action que les juifs romains intentèrent sous Commode devant le préfet de la Ville, Seius Fuscianus, contre l'esclave

beaucoup des peines prononcées par ce fonctionnaire, comme la prohibition de certains commerces et de certaines professions (1) et la correction corporelle (2), portent en elles le caractère de mesures de police; enfin, certains souverains consciencieux firent aussi trancher les procès criminels contre les personnes des meilleures classes non pas par le tribunal du préfet de la Ville, mais par le tribunal de la cour (3). Toutefois ces règles étaient plutôt des indications que des prescriptions légales; le préfet de la Ville qui exerçait le pouvoir répressif souverain de l'empereur était, vraisemblablement depuis ses débuts, compétent de plein droit, comme le tribunal de la *quaestio* et celui de la cour, pour toute affaire pénale (4) et contre toute personne (5). La concurrence de ce nouveau juge se fait sentir dès les premiers temps du Principat (6) et est déjà parvenue au troisième siècle à refouler l'action pénale privée et la procédure des *quaestiones* (7). Il semble même qu'on ait pu à cette époque interjeter appel du préteur de la *quaestio* au préfet de la Ville (p. 256 n. 3). Aucun organe n'a (273)

Calixte, plus tard évêque de Rome, pour cause de trouble de leur service divin, procès qui aboutit à une condamnation de Calixte à la fustigation et aux travaux forcés dans les mines de Sardaigne (Hippolyte, *Haeres.*, 9, 12).

(1) *Dig.*, 1, 12, 1, 13.

(2) *Dig.*, 1, 12, 1, 10. tit. 15, 3, 1. 1. 5.

(3) Dion, 52, 21, en donnant au préfet de la Ville la juridiction capitale dans la ville de Rome et jusqu'à la centième pierre milliaire, excepte (c. 33) et réserve à l'empereur les procès capitaux et infamants contre les chevaliers, les centurions des légions et les particuliers notables (il ne parle pas des sénateurs, parce qu'il réclame pour eux le jugement par leurs pairs); il réclame donc exactement ce que fit Marc-Aurèle (p. 256 n. 3) : *capitales causas hominum honestiorum ipse cognovit.*

(4) Meurtre par empoisonnement (n. 6); falsification de testament (*Dig.*, 48, 10, 24).

(5) *St. R.*, 2, 1065 [*Dr. publ.*, 5, 368].

(6) Le fait de porter une accusation de meurtre par empoisonnement devant le préteur pour soustraire l'accusé à la juridiction du préfet de la Ville est puni à l'époque de Néron comme un abus de la justice (Tacite, *Ann.*, 14, 41; *St. R.*, 2, 1065, n. 3 [*Dr. publ.*, 5, 368, n. 5]). Le préfet de la Ville, Rutilius Gallicus, est félicité de *reddere jura foro nec proturbare curules* (Stace, *Silv.*, 1, 4, 47).

(7) Septime Sévère chez Ulpien, *Dig.*, 1, 12, 1, *pr.* : *omnia omnino crimina* [*a*] *praefectura urbis sibi vindica*[*ri*].

été, en général, plus favorable à la pénétration de l'arbitraire du monarque dans l'administration de la justice que le préfet de la Ville dont les fonctions tiennent tout à la fois du service de police et de celui de la justice. C'est par lui que fut inaugurée la répression au criminel des cas dans lesquels les prescriptions légales n'admettaient aucune action, comme dans les rapports du maître avec sa domesticité (1), ou ne prononçaient que des amendes pécuniaires, comme en cas de vol qualifié (2) et de rapt d'hommes (3). Les pouvoirs du préfet de la Ville allèrent toujours croissant. La juridiction
(274) capitale lui a certainement appartenu dès le début; l'empereur Septime Sévère lui a en outre donné le pouvoir de condamner à la peine des mines (4) et de la déportation (5). Pour les affaires importantes, il a vraisemblablement convoqué un *consilium* en rapport avec leur gravité (6). La procédure devant ce fonctionnaire est sommaire, elle nous est expressément présentée comme introduite pour échapper aux longueurs du procès pénal ordinaire (p. 318 n. 5). Un tableau qui nous paraît assez exact nous en est donné par les actes du martyr Justin datant des premières années du règne de Marc-Aurèle (7). Il est vraisemblable qu'elle a surtout été appliquée

(1) Mauvais traitements infligés aux esclaves : *Dig.*, 1, 12, 1, 8. — Complicité des esclaves dans l'adultère : *Dig.*, 1, 12, 1, 5. — Insubordination et ingratitude des affranchis : *Dig.*, 1, 12, 1, 10.

(2) *Dig.*, 1, 15, 3, 1 : *cognoscit praefectus vigilum de incendiariis effractoribus furibus raptoribus receptatoribus, nisi si qua tam atrox tamque famosa persona sit, ut praefecto urbi remittatur.* En cas de vol d'hérédité, l'action criminelle, non prévue par la loi, vient à Rome devant le préfet de la Ville (*Dig.*, 47, 19, 3). Ces précédents de la ville de Rome servent de règles aux gouverneurs dans les provinces ; la remarque en est expressément faite pour le vol d'hérédité.

(3) Paul, *Coll.*, 14, 2, 2 : *olim quidem hujus legis* (*Fabiae*) *poena nummaria fuit, sed translata est cognitio in praefectum urbis, itemque praesidis provinciae extra ordinem meruit animadversionem.* Ulpien, *Coll.*, 14, 3, 2. *Cod.*, 9, 20, 7. — L'infidélité du tuteur fait aussi l'objet d'une poursuite criminelle de ce genre (*Dig.*, 1, 12, 1, 7).

(4) *Dig.*, 48, 19, 8, 5.

(5) *Dig.*, 1, 12, 1, 3. 32, 1, 4. 48, 19, 2, 1. tit. 22, 6, 1. Ammien, 15, 7, 2.

(6) Chez Apulée, *Apol.*, 2. 3, le préfet de la Ville tranche un procès pour falsification de testament *de consilio consularium virorum.*

(7) Dans les actes de Justin on ne trouve ni un *consilium* du préfet ni

en cas de flagrant délit et contre les malfaiteurs qui avouaient.

Praefectus annonae et *Praefectus vigilum.*

4. Parmi les fonctionnaires de second rang, compétents dans la capitale, il faut encore tenir compte pour le droit pénal du *praefectus annonae* et du *praefectus vigilum*. Le président impérial du service de l'approvisionnement dans la capitale (1) a pour mission, en dehors des autres affaires de sa charge, d'administrer la justice criminelle vis-à-vis des accapareurs de grains (2) et il est certain qu'au moins plusieurs détenteurs de cette fonction ont reçu postérieurement à Constantin le *jus gladii* à titre personnel (3). — Le président du service des incendies (4) dirige en même temps la police nocturne et a le droit de prononcer des peines contre les délinquants arrêtés dans l'exercice de cette surveillance (5). — La compétence de ces deux fonctionnaires peut, dans son champ (275) d'application restreint, être assimilée à la justice générale et arbitraire du préfet de la ville (6) et le second d'entre eux tout au moins est subordonné au préfet de la ville, de telle sorte qu'il lui remet les affaires les plus graves (n. 5).

Procuratores.

5. Les fonctionnaires impériaux des finances, *procuratores* ou, comme on les appelle plus tard, *rationales*, n'ont ni coer-

---

un défenseur de l'accusé. Cpr. Cyprien, *Ep.*, 80 : *huic persecutioni cotidie insistunt praefecti in urbe, ut si qui sibi oblati fuerint animadvertantur et bona eorum fisco vindicentur.*

(1) *St. R.*, 2, 1037 sv. [*Dr. publ.*, 5, 336 et sv.]. Hollweg, *Civilprozess*, 3, 64. Hirschfeld, *Die Getreideverwaltung der römischen Kaiserzeit* (*Philologus* t. 29). p. 46 sv.

(2) *Dig.*, 48, 2, 13. tit., 12, 3, 1.

(3) *C. I. L.*, VI, 1151. VIII, 5348. X, 1700. Si le *jus gladii* était lié à la fonction, il n'en serait pas fait une mention expresse.

(4) *St. R.*, 2, 1054 sv. [*Dr. publ.*, 5, 356 et sv.]. Hollweg, *Civilprozess*, 3, 65.

(5) *Dig.*, 1, 15, 3, 1 (p. 320 n. 2). 47, 2, 57, 1. Le *praefectus vigilum* fait exécuter un esclave coupable de vol (*Dig.*, 12, 4, 15). Il doit en principe remettre les affaires capitales au préfet de la ville (Septime Sévère : *Dig.*, 1, 15, 5 ; Théodose Ier pour Constantinople : *Cod. Just.*, 1, 43, 1) et expédier lui-même les affaires peu importantes (Honorius : *C. Th.*, 2, 1, 8). Cette charge étant très déchue à Constantinople, Justinien s'efforça de lui rendre un certain prestige en lui donnant le nouveau titre de *praetor plebis*, mais sans modifier la compétence d'une manière importante (*nov.* 13).

(6) La dénonciation au *praefectus annonae* est affranchie de toutes les restrictions (n. 2).

cition (1) ni juridiction criminelle (2), à moins qu'ils ne fonctionnent en même temps comme gouverneurs de province ; ils sont uniquement compétents pour l'éxécution des peines patrimoniales prononcées par les tribunaux, comme nous l'exposerons dans le Livre V. Exceptionnellement, l'empereur Caracalla leur a donné dans un intérêt fiscal le pouvoir de prononcer eux-mêmes la condamnation pour les délits de rapt d'homme et d'adultère souvent commis par des personnes fortunées (3). Toutefois cette disposition exorbitante a été immédiatement supprimée (4).

3. L'Appel.

Appel du mandataire à l'empereur mandant.

L'appel du délégué impérial à l'empereur lui-même est déjà possible en vertu de la règle exposée à propos du tribunal du gouverneur de province (p. 292) d'après laquelle on peut en principe interjeter appel devant le mandant de la sentence rendue par le mandataire ; mais on trouve en outre, abstraction faite de la controverse déjà rapportée sur l'admissibilité de l'appel des préfets du prétoire à l'empereur (p. 315 n. 3), des preuves établissant la faculté d'interjeter appel devant le souverain des sentences rendues par les préfets de
(276) la ville (5), de l'annone ou des vigiles (6). Cependant l'empereur, qui jouit également ici d'une autorité absolue, peut aussi

---

(1) Alexandre Sévère, *Cod.*, 1, 54, 2 : *procuratores meos, id est rationales, indicendae multae jus non habere saepe rescriptum est.* 10, 8, 1.

(2) Ulpien, *Coll.*, 14, 3, 3 : *procurator qui nullam* (ms. : *illam*) *provinciam regit licet de capitalibus causis cognoscere non soleat,* texte qui vise les peines non pécuniaires en général, comme le prouvent les exceptions citées. La même remarque est faite pour la déportation (*Dig.*, 1, 19, 3, *pr.*), le bannissement (*Cod.*, 9, 47, 2) et autres peines (*Cod.*, 3. 26, 3. 9, 20, 4).

(3) Ulpien, après le passage rapporté n. 2 : *tamen ut de lege Fabia possit cognoscere, imp. Antoninus constituit; idem legis Juliae de adulteris coercendis constitutione imp. Antonini quaestionem accepit.*

(4) Gordien, *Cod.*, 9, 20, 4 : *non valet procuratoris sententia, si vicem praesidis non tueatur, qui legi Fabiae locum esse pronuntiavit, cum ejus legis disceptatio ad praesidis provinciae pertineat notionem.*

(5) Dion, 52, 33. *Dig.*, 4, 4 38. *St. R.*, 2, 985 [*Dr. publ.*, 5, p. 276].

(6) Dion, *loc. cit.*, *Dig.*, 14, 5, 8. *St. R.*, 2, 1044. 1058, n. 5 [*Dr. publ.*, 5, 344. 361, n. 1].

faire la délégation avec exclusion d'appel, comme la remarque en est expressément faite pour les délégations spéciales du souverain (1). Or, comme toutes les délégations impériales ont surtout pour but de décharger l'empereur et le tribunal de la cour, il est probable que de telles restrictions ont été fréquentes, bien que les ouvrages juridiques n'en fassent pas mention. La même observation peut être faite pour les juges répressifs qui siègent en vertu d'un mandat de l'empereur, dans la mesure où ils ont le droit de délégation. Lorsque le préfet de la ville ou celui du prétoire use de ce droit, la sentence rendue peut faire l'objet d'un appel à l'empereur, elle donne difficilement lieu à un appel au mandant immédiat (2).

Appel à l'empereur sur le fondement de sa puissance suprême.

Abstraction faite de la délégation, le droit de l'époque républicaine connaît la cassation du décret du magistrat par voie d'intercession du collègue ou du tribun et l'*appellatio* interjetée, en vue de provoquer l'intercession, par celui qu'atteint le décret. Mais cette *appellatio* n'est jamais dirigée contre le verdict des jurés, car le *judicium legitimum* tout au moins n'est pas un décret du magistrat (3) et cette institution ne comprend jamais la juridiction ou, pour me servir de la formule usitée, l'intercession est uniquement une instance en cassation et non une instance de réformation en ce sens que le magistrat qui intercède ne juge pas lui-même.

---

(1) Ulpien, *Dig.*, 49, 2, 1, 4 : *interdum imperator ita solet judicem dare, ne liceret ab eo provocare; ut scio saepissime a divo Marco judices datos.*

(2) Le passage d'Ulpien, tiré du liv. 1 *de appellationibus* (*Dig.*, 49, 3, 1, 1) : *ab eo, cui quis mandavit jurisdictionem* (il s'agit sans doute du *judex datus* en vertu d'un mandat spécial) *non ipse provocabitur : nam generaliter is erit provocandus ab eo cui mandata est jurisdictio, qui provocaretur ab eo qui mandavit jurisdictionem*, contredit les règles ordinaires de l'appel en cas de juridiction déléguée. Ce texte a vraisemblablement perdu sa portée primitive ; en soi, il est très admissible que l'appel du *judex datus a praeside* allait au gouverneur de province et celui du *judex datus a praefecto urbi* à l'empereur.

(3) On peut légitimement se demander si en droit privé le *judicium legitimum* et le *judicium imperio continens* (Gaius, 4, 103 sv.) étaient assimilés au point de vue de l'intercession du tribun. Mais nous ne possédons aucune preuve que cette voie de recours ait été exclue dans la première sorte de procès et permise dans la seconde

La première restriction s'applique aussi suivant les apparences au pouvoir répressif du Principat : l'action privée légalement organisée, à laquelle appartiennent tous les procès
(277) de *quaestio* de la capitale, n'est pas, d'après la logique du droit, soumise à l'appel à l'empereur et nous n'avons aucune preuve du contraire (1).

Par contre, comme nous l'avons déjà fait remarquer (p. 305 n. 1), l'*appellatio* tribunicienne a été transportée à l'empereur en même temps qu'on l'étendait à tous les sujets de l'empire et aux procès intentés hors de Rome, du même coup, elle devenait d'une instance en cassation une instance de réformation par suite du pouvoir de juridiction attribué d'une manière illimitée à l'empereur et dont l'exercice était non seulement possible mais même constant en cas de cassation. Si l'on excepte les procès de la capitale déjà mentionnés, ce moyen de recours s'étendait de plein droit à tous les procès civils et criminels de l'empire, notamment même à la juridiction du gouverneur de province qui ne reposait pas sur une délégation impériale mais sur l'*imperium* proconsulaire ou proprétorien (2). De toutes les innovations du Principat, l'introduction de l'appel réformatoire a été la plus durable ; l'atteinte que cette institution renferme au principe de l'immutabilité de la sentence régulièrement rendue s'est maintenue jusqu'à nos jours.

Nous ne savons pas dans quel esprit cette institution a été créée. Auguste voulait-il voir la nouvelle *appellatio* appliquée comme moyen de procédure extraordinaire ou voulait-il éta-

(1) L'*appellatio* douteuse au préfet de la ville (p. 319) n'appartient en tout cas qu'à l'époque postérieure.

(2) Il n'est même pas permis d'exclure les jurys de la procédure civile. De même que le gouverneur de province avait le droit de casser la sentence rendue par le jury que son questeur avait constitué (Cicéron, *Div. in Caec.*, 17, 26), l'empereur a bien pu, sur le fondement de son *imperium* supérieur, annuler le jugement rendu par le jury de récupérateurs établi par un détenteur inférieur de l'*imperium*. De même, l'appel aux consuls et au Sénat dont nous ne connaissons guère que l'existence ne peut pas être ramené à l'idée de délégation, il ne peut s'expliquer que par l'idée de la supériorité de l'*imperium* consulaire sur celui du gouverneur.

blir une succession d'instances à titre permanent? Quoi qu'il en soit, s'il n'a pas eu l'intention de réaliser cette dernière réforme, l'institution a rapidement pris ce caractère. L'attribution au nouveau monarque de la faculté de procéder personnellement dans tout procès civil ou criminel à l'instruction et au jugement porta vraisemblablement peu de préjudice à l'administration ordinaire de la justice parce que l'admission d'un procès par l'empereur à l'exclusion des tribunaux ordinaires demeura nécessairement une exception. Mais le refus de trancher un litige, accompagné du renvoi au tribunal ordinaire, (278)
était plus facile et plus généralement possible que le refus d'examiner une plainte élevée contre une sentence injuste. Lorsque le souverain se fût résolu à admettre des plaintes de ce genre, on dût rapidement considérer comme un déni de justice le renvoi de la cause sans examen.

Nous avons déjà fait remarquer (p. 294 n. 5) qu'on n'appelle pas ou du moins qu'on ne doit pas appeler d'une décision du sénat à l'empereur.

Quant à l'exercice de l'appel, nous exposerons dans le Livre suivant tout ce qui n'a pas été dit a propos de la délégation.

4. Consultation de l'Empereur.

Consultation de l'empereur dans la procédure pénale.

La consultation de l'empereur à l'occasion d'une condamnation pénale se produit dans l'administration de la justice criminelle pour des motifs juridiques divers et dans des conditions très différentes.

1. Les peines de l'internement grave ou de la déportation et des travaux forcés, introduites par l'empereur Tibère, ne peuvent pas ordinairement être exécutées sans la coopération d'une autorité non subordonnée au tribunal qui a condamné. C'est pourquoi ces peines, et dans certains cas aussi la confiscation de patrimoine, ne sont prononcées qu'après assentiment de l'empereur. Les détails à cet égard seront donnés dans le Livre V.

2. En cas d'exercice notamment de la justice capitale, qu'elle appartienne en propre au juge ou qu'elle lui ait été déléguée,

celui-ci a eu vraisemblablement de tout temps, eu égard au droit de grâce de l'empereur, la faculté de demander à ce dernier si un tel jugement devait être exécuté ou non. A l'époque postérieure, le droit de provocation, comme nous l'avons déjà fait remarquer à propos du procés devant le gouverneur de province (p. 283), s'est souvent restreint de telle façon que le gouverneur avait la faculté de prononcer la sentence de mort sous réserve de la confirmation impériale.

3. Antérieurement à Constantin, les parties et les magistrats ont eu en général le droit d'interroger l'empereur sur les règles à appliquer à un procès prochain ou déjà commencé et les réponses du souverain, dans le cas où les faits indiqués
(279) correspondaient à la réalité, avaient force de loi pour ce procès (1). C'est principalement de cette manière que l'autorité saisie d'un procès a assez fréquemment reçu le pouvoir de s'écarter du droit existant et certaines constitutions de ce genre ont maintes fois exercé, en qualité de précédents, une influence sur le droit pénal, notamment sur les règles applicables aux actions pénales extraordinaires. Toutefois on tendit à restreindre le plus possible le nombre des cas où de pareilles questions pouvaient être posées à l'empereur. C'est ainsi que les plaintes susceptibles d'être exprimées par voie d'appel ne devaient pas donner lieu à cette procédure de telle sorte qu'une consultation de l'empereur n'était possible, avant la sentence du tribunal inférieur, que s'il s'agissait de questions comme celle de savoir si la torture pouvait être appliquée ou non (2).

(1) Des instructions générales, telles que Pline (*Ad Traj.*, 96. 97) par exemple en demande et en obtient pour les procès de chrétiens et telles que nous en trouvons aussi dans les ouvrages juridiques (*Dig.*, 48, 18, 1, *pr.* § 1. 2), ne rentrent pas dans le domaine de la juridiction, mais dans celui de la législation. En théorie, on peut faire la même remarque pour les rescrits particuliers en ce sens qu'ils apparaissent ordinairement comme une interprétation authentique du droit existant.

(2) *Dig.*, 49, 5, 2. Nous relèverons dans le Livre III à propos des voies de recours ce qu'il y a de plus important sur les interventions irrégulières de l'empereur dans des procès pendants.

SECTION X

LA CONSTITUTION DE DIOCLÉTIEN ET LES TRIBUNAUX DE FONCTIONNAIRES

Au point de vue de l'administration de la justice, l'organisation constitutionnelle établie par Auguste ne se distinguait essentiellement des institutions de la République que par l'intervention en cette matière du gouvernement d'empire. Apparemment, cette intervention fut tout d'abord exceptionnelle, mais elle se développa au cours des temps au point de devenir une instance suprême, régulière et centrale. A vrai dire, cette administration personnelle de la justice par l'empereur perdit plus tard sa netteté primitive par suite de l'intervention d'assistants et de représentants et elle se transforma peu à peu en une cour judiciaire indépendante. Dioclétien (1) remplaça cette organisation par un système de tribunaux de fonctionnaires, dont nous ne pouvons négliger de tracer ici les contours et les lignes fondamentales, sans songer à en exposer les détails et les diversités multiples (2), car ce système embrasse tout le domaine du droit et de l'administration et offre peu de particularités pour le droit pénal.

La monarchie de la dernière période.

(1) Comme au moins deux des innovations les plus importantes, la division de l'empire en diocèses et la provincialisation de l'Italie, datent certainement de Dioclétien, ce n'est pas Constantin qui a transformé le principat en monarchie, bien que maints détails de cette organisation soient d'origine postérieure à Dioclétien.

(2) Le meilleur exposé de cette organisation nous est donné par Bethmann-Hollweg dans le tome 3 de son *Römischer Civilprozess* (1866).

La juridiction personnelle de l'empereur.

Sans doute le principe du vieux système, d'après lequel le souverain a le droit d'attirer à lui tout procès et de le résoudre comme il l'entend, n'a nullement été abandonné : la nouvelle monarchie accorde au souverain absolu, même dans l'administration de la justice, lorsque cela est possible, une liberté
(281) encore plus illimitée que celle donnée au *princeps* par l'ancienne monarchie et l'usage fait de ce pouvoir dépend comme autrefois des tendances individuelles de chaque souverain (1). Celui-ci peut, pour administrer la justice, faire abstraction de toute forme, mais ordinairement il se contente de modifier les formes existantes. Il ne se livre plus à l'administration directe et personnelle de la justice maintes fois exercée par ses prédécesseurs ; désormais les empereurs ne rendent plus la justice en public ni en siègeant au tribunal (2).

La réforme la plus importante de Dioclétien est le changement des ressorts de juridiction et le développement du système des degrés d'instance.

Ressorts judiciaires de première instance.

Tandis que dans l'organisation judiciaire antérieure de l'empire l'unité de circonscription était constituée en Italie par les deux parties dont l'une était soumise au préfet de la ville et l'autre au gouvernement central, l'unité était désormais pour tout l'empire le territoire sensiblement plus restreint des nouvelles provinces. L'Italie elle-même fut soumise à cette nouvelle division (3) et la réduction d'étendue des provinces jointe à la séparation opérée simultanément du commandement mili-

---

(1) On peut comparer à titre d'exemple les descriptions d'Ammien relatives à la justice pénale des empereurs Julien (16, 5, 12. 13), Valentinien (27, 7, 5. 29, 3) et Valens (29, 1, 18. 31, 14, 6) ; un fonctionnaire fait valoir contre ce dernier (30, 4, 2), *quod infra imperiale columen causarum essent minutiae privatarum*. Telle n'a pas été la manière de voir d'Auguste et de ses meilleurs successeurs.

(2) Si l'empereur Julien rend la justice *pro tribunali* (p. 310, n. 3), cette exception confirme la règle, elle est une résurrection du « vieux droit » (Ammien, 22, 10, 6 = 25, 4, 19).

(3) Dion, 52, 22, conseille déjà la division de l'Italie en provinces : μὴ θαυμάσῃς εἰ καὶ τὴν Ἰταλίαν τοιαῦτα μέρη νεῖμαί σοι παραινῶ· πολλή τε γὰρ καὶ πολυάνθρωπος οὖσα ἀδύνατός ἐστιν ὑπό τῶν ἐν τῷ ἄστει ἀρχόντων καλῶς διοικεῖσθαι.

taire et du gouvernement de province donna au gouverneur la possibilité de s'acquitter effectivement du service judiciaire qui lui incombait (p. 292 n. 1). Furent exceptées de cette organisation : la ville de Rome soumise à l'autorité de son préfet dont la juridiction extraurbaine avait passé aux gouverneurs des circonscriptions voisines et bientôt aussi la nouvelle capitale de l'empire d'Orient, à laquelle Constance II et Julien donnèrent un *praefectus urbi* analogue à celui de Rome et investi également d'une juridiction exempte (1). Par ailleurs, les tribunaux de première instance ne firent l'objet d'aucune modi- (282)
fication essentielle. La procédure pénale resta inquisitoriale et bien que la convocation d'un conseil prit dans l'assessorat une forme bureaucratique (p. 161), la coopération de particuliers librement choisis resta usitée à cette époque dans les affaires criminelles graves (2).

Ressorts d'appel.

Pour l'instance d'appel, qui garde le nom donné à l'appel impérial en écartant toute allusion personnelle et en relevant expressément l'idée de représentation du souverain (*vice sacra*) (3), on abandonna la vieille centralisation. Les *praefecti*

---

(1) La transformation de l'ancienne constitution municipale de Constantinople en une constitution calquée sur celle de Rome fut réalisée par Constance en 359 (*Consularia Constantinop. chr. min.*, 2, p. 239 : Socrate, *Hist. eccl.*, 2, 41 ; Sozomène, *Hist. eccl.*, 4, 23). Comme corollaire, Julien organisa ensuite le Sénat de Constantinople (p. 298 n. 3).

(2) Basile, *Ep.*, 224 = 79 (Migne, 32, 831) : τοῦ κόσμου τούτου ἄρχοντες ὅταν τινὰ τῶν κακούργων θανάτου καταδικάζειν μέλλουσιν, ἀφέλκονται τὰ παραπετάσματα, καλοῦσι δὲ τούς ἐμπειροτάτους πρὸς τὴν ὑπὲρ τῶν προσκειμένων σκέψιν. Le discours de Libanius κατὰ τῶν προσεδευόντων τοῖς ἄρχουσιν (Reiske, 2, 588) est dirigé contre les personnes de l'entourage du magistrat et les tentatives faites par ces personnes pour influer sur la décision de ce dernier.

(3) Cette addition ou le synonyme (p. 316, n. 1) *judex sacrarum cognitionum* n'apparait ordinairement dans les titres des fonctionnaires qu'autant que cette juridiction n'est pas attachée à la charge elle-même, mais résulte d'un mandat extraordinaire. On ne la trouve pour la première fois, à ma connaissance, que dans une inscription de 317 (*C. I. L.*, VI, 1155), elle est dans la suite très fréquente. Elle ne se rencontre qu'une seule fois dans le titre du *praefectus praetorio* qui est investi de cette compétence régulièrement et avant tous les autres, à savoir dans l'inscription du consul de 343 (p. 333 n. 1) : *praefecto praetorio et judici sacrarum cognitionum tertio*. A vrai dire cette mention s'explique ici par ce que ce magistrat avait déjà auparavant dans d'autres positions rendu deux fois la

praetorio qui, comme les gouverneurs, ont perdu leur situation militaire demeurent ou deviennent, tous, les fonctionnaires les plus élevés de la justice et de l'administration ; mais on leur donne dans le *comes* d'Orient, dans le *praefectus Augustalis* d'Egypte et dans les différents *vicarii praefectorum praetorio*, un certain nombre de fonctionnaires inférieurs et de représentants et les douze diocèses nouvellement organisés de l'empire sont attribués comme ressorts d'appel soit aux différents préfets, soit à ces auxiliaires (1). Ces tribunaux d'appel diocésains sont manifestement issus des délégations faites par province pour les appels qui parvenaient aux empereurs antérieurs (2).

(283) Appel aux préfets de la ville et à l'Empereur.

— Demeurent exemptes de cette juridiction d'appel, en dehors des ressorts des deux capitales de l'empire, les provinces des deux gouverneurs les plus élevés en rang, c'est-à-dire des proconsuls d'Asie et d'Afrique. Non seulement ni les uns ni les autres n'étaient soumis aux tribunaux d'appel précédemment indiqués, mais, en vertu de dispositions impériales spéciales, l'appel de certains gouverneurs était renvoyé soit aux *praefecti urbi* (3) soit aux proconsuls (4) et non aux juridictions ordinaires d'appel.

Le tribunal impérial.

L'institution de l'appel, c'est-à-dire le renouvellement devant un tribunal supérieur du procès tranché par le tribunal inférieur, avait été limitée jusque là, abstraction faite de cas particuliers, à une instance inférieure et à une instance su-

---

jutice à la place de l'empereur et par ce qu'on voulait insister particulièrement sur cette triple représentation de l'empereur.

(1) Tout cela est en principe hors de doute ; c'est seulement pour la situation des *praefecti praetorio* sous Dioclétien et Constantin que nous ne possédons pas de renseignements suffisants. Il est vraisemblable qu'ils ont directement administré certains diocèses à côté des *vicarii*.

(2) Toutefois il faut aussi tenir compte ici des *agentes vicem praefectorum praetorio* (*St. R.*, 2, 973, n. 4 [*Dr. publ.*, 5, 263, n. 3]).

(3) Hollweg, 3, 63. 67.

(4) Hollweg, 3, 41. *C. I. L.*, VI, 1690. 1739-1741. Ces dernières inscriptions n'indiquent pas la juridiction d'appel à propos des deux préfectures de la ville tandis qu'elles la mentionnent à propos du proconsulat d'Afrique : *et tertio sacrarum cognitionum judex*. Elles prouvent par suite que cette compétence pouvait être attribuée à ce proconsul, mais qu'elle n'était pas chez lui la règle comme chez les préfets de la ville.

périeure. Désormais, le tribunal impérial constitue un troisième degré de juridiction, mais il ne fonctionne certainement que dans une mesure restreinte et surtout il est organisé de façon à décharger l'empereur du lourd fardeau d'une administration personnelle de la justice. En principe, aucun appel n'est possible contre les jugements des préfets du prétoire (1); tout au plus admet-on depuis Théodose II une plainte auprès du fonctionnaire lui-même ou de son successeur (2). Par contre, les sentences prononcées par les autres fonctionnaires préposés aux ressorts d'appel ou aux ressorts exempts, qu'elles aient été rendues en première instance ou en appel (3), pouvaient faire l'objet d'un recours au conseil d'État de cette époque (4). Ce (284)
conseil d'État, successeur de l'ancien tribunal de la cour, porte un autre nom et a un autre caractère. Il est la réunion des *comites intra palatium* ou *intra consistorium* et s'appelle par suite *consistorium*. Il est formé en partie de fonctionnaires de la première classe en service à la cour et en partie d'un certain nombre de membres personnellement choisis par l'empereur (5). Comme le *consilium* impérial de l'époque

---

(1) Constantin I en 331 (*C. Th.*, 11, 30, 16 = *C. Just.*, 7, 62, 19) : *a praefectis praetorio, qui soli vice sacra cognoscere vere* (peut-être eu égard à l'identification antérieure de la justice rendue par le préfet du prétoire et de celle rendue par l'empereur lui-même) *dicendi sunt, provocari non sinimus, ne jam nostra contingi veneratio videatur.* Charisius, *Dig.*, 1, 11, 1, 1. Hermogénien, *Dig.*, 4, 4, 17. *Cod. Th.*, 11, 30, 58 = *Cod. Just.*, 7, 62, 30. *Cod.*, 1, 4, 8. La constitution de 365 (*Cod.*, 1, 19, 5), qui est en contradiction avec cette règle : *si quis adversus praefectorum praetorio sententias duxerit supplicandum victusque fuerit denuo, nullam habebit licentiam iterum super eadem causa supplicandi*, a été altérée par une erreur des compilateurs; Volusianus, auquel cette constitution est adressée, était, comme on peut le prouver, le préfet de la ville de cette année et non le préfet du prétoire.

(2) *Nov. Theod.*, 13 (= *Cod.*, 7, 42, 1). Si le préfet est encore en charge, il doit, d'après *Cod.*, 7, 62, 35, s'adjoindre le *quaestor sacri palatii.*

(3) *C. Th.*, 11, 30, 16 : *sive ex appellatione... sive ex ordine judicaverint. C. Just.*, 3, 13, 4.

(4) *C. Th.*, 11, 30, 16. *Cod.*, 7, 62, 32, 4. 1. 34.

(5) Hollweg, *Civilprozess*, 3, 94 sv. Il est douteux que l'institution remonte dans cette forme à Dioclétien ; le *comes intra palatium* est nommé pour la première fois dans les inscriptions du consul de 340 (*C. I. L.*, VI, 1690-1695. Cpr. VI, 1757), le synonyme *comes intra consistorium* (plus tard

antérieure, il fonctionne dans des affaires pénales, notamment dans celles des personnes de condition (1). Mais il est également employé, si le gouvernement le juge convenable, pour la délibération des affaires générales de l'État, spécialement pour celle des projets de loi. Enfin, il ne doit nullement être considéré comme la cour judiciaire centrale pour tout l'empire dans le sens où cela pouvait être dit du tribunal de la cour antérieur, quoique ses décisions aient la force d'une interprétation législative (2). Ce conseil d'État, que l'empereur peut présider personnellement si cela lui plaît, reçoit sous la forme d'une consultation l'appel de tous les fonctionnaires de la première classe, en particulier des préfets de la ville : le jugement de l'instance antérieure, auquel sont joints un rapport sur cette instance et les remarques de la partie intéressée sur le jugement et le rapport, est envoyé à l'empereur et l'affaire est ordinairement tranchée (3) dans le *consistorium* (4). L'appel contre les jugements d'un fonctionnaire de seconde classe, notamment du *comes* d'Orient ou d'un des proconsuls ou vicaires, est parfois traité de la même manière (5). Plus fréquemment, il est renvoyé à un ou plusieurs des hauts fonctionnaires
(285) de la cour (6), ainsi, en vertu d'une constitution de Théodose II, au préfet du prétoire membre de la cour et au questeur du palais (7); devant ces fonctionnaires, le procès peut être renouvelé dans toute son étendue.

---

comes consistorii) se trouve pour la première fois dans une inscription du consul de 347 (Dessau, *Inscr. sel.*, 1237).

(1) Cpr. la Section suiv. p. 337 n. 1.

(2) Justinien, *Cod.*, 1, 14, 12, *pr.* : *si imperialis majestas causam cognitionaliter examinaverit et partibus cominus constitutis sententiam dixerit, omnes omnino judices, qui sub nostro imperio sunt, sciant hoc esse legem non solum illi causae... sed omnibus similibus.*

(3) Cela a lieu même dans la procédure pénale. *C. Th.*, 11, 29, 3 (= *C. Just.*, 7, 61, 2). tit. 30, 24. Justinien l'a cependant interdit (*Nov.* 125). Hollweg, *Civilprozess*, 3, 90 sv. 294. 332.

(4) *Nov.*, 23, 2.

(5) *C. Th.*, 11, 30, 16.

(6) *C. Th.*, 1, 6, 2. 3. 7, 40, 16 (= 11, 30, 57). 61. *Cod. Just.*, 7, 62, 32, 4. 1. 34.

(7) *Cod.*, 7, 62, 32. Nov. 25, 4 et autres textes.

On a fait sous les empereurs de notre période, comme sous leurs prédécesseurs, un large usage de la délégation spéciale, notamment pour les procès criminels (1). Régulièrement, l'appel va du délégué au tribunal impérial. Délégation spéciale.

Il est relativement rare qu'on mentionne à cette époque une consultation de l'empereur préalablement à l'exécution de peines criminelles graves; le plus souvent on se sert de l'appel dans ce but. Cette consultation a cependant été vraisemblablement de tout temps une règle en faveur des personnes de rang sénatorial et ce privilège, supprimé par Constantin (2), fut rétabli par Valentinien I (3). Théodose II formule la même règle pour les personnes de la première classe; il prescrit, pour les personnes d'une classe inférieure, d'en référer au préfet du prétoire (4). On trouve des dispositions semblables pour les soldats (5) et pour les fonctionnaires subalternes de l'empereur (6). Consultation de l'empereur.

Cette procédure pénale nous montre par conséquent, dans la mesure où l'arbitraire impérial n'en dispose pas autrement pour des cas particuliers, le complet épanouissement de la bu-

---

(1) Le consul de 343 a, d'après l'inscription *C. I. L.*, X, 1700, fonctionné trois fois comme juge à la place de l'empereur, deux fois à raison de sa charge et une fois comme *judex ex delegationibus sacris*. Autres preuves : *Cod. Th.*, 11, 30, 16 = *C. Just.*, 7, 62, 19. *Cod.*, 7, 62, 34. 9, 1, 10. Ammien, 15, 3. 19, 12. 27, 7, 8. Agathias, 3, 14. 4, 1-11, décrit un procès intenté de cette manière suivant les formes rigoureuses du droit contre un haut fonctionnaire romain et son frère à l'occasion du meurtre du prince féodal lazique Goubazès.

(2) *C. Th.*, 9, 1, 1, dans les mots (supprimés au *C. Just.*, 3, 24, 1) : *neque super ejus nomine ad scientiam nostram referatur*. Nous n'avons pas de témoignages plus précis pour l'époque antérieure et il se peut que la consultation ait été usitée dans de tels cas, mais n'ait pas été légalement prescrite.

(3) *C. Th.*, 9, 2, 2 de 365 et 9, 40, 10 de 366. Dans l'indication fournie par Ammien, 30, 8, 3, d'après laquelle Valentinien, en cas de condamnation à mort à lui soumise, n'a jamais gracié personne *subscriptionis elogio leni*, la question reste indécise de savoir dans quelle mesure une telle confirmation était nécessaire. Cpr. *C. Th.*, 9, 1, 13. tit. 10, 1.

(4) *C. Just.*, 12, 1, 16.

(5) *C. Th.*, 9, 21, 2, 3.

(6) *Nov. Val.*, III, 7, 2, 3.

reaucratie. La division des compétences d'après la classe des justiciables est caractéristique en ce sens et, d'autre part, la suppression du vieux régime militaire aboutit en principe à donner au gouvernement un caractère bureaucratique.

SECTION XI (286)

LES TRIBUNAUX RÉPRESSIFS SPÉCIAUX A CERTAINS ÉTATS

La constitution politique romaine n'a pas connu, sauf des exceptions fugitives, de tribunaux spéciaux à certains états. Si l'on fait abstraction de la distinction des citoyens et des non citoyens (1) sans importance sensible à cet égard, la justice romaine est la même pour tous quel que soit le rang et l'état des justiciables. Nous avons cependant à exposer ici quelques restrictions, soit apparentes, soit réelles, à cette règle générale, elles concernent les sénateurs, les soldats, les fonctionnaires subalternes et les ecclésiastiques.

Procédure pénale contre les sénateurs.

Le sénateur comme tel sort du groupement municipal et a son domicile unique et légal dans la capitale (2); c'est par conséquent des juges de cette ville qu'il dépend. Il est incontestable que sous le Principat l'action pénale contre le sénateur pouvait être portée dans la capitale tant devant le tribunal ordinaire que devant celui du sénat ou de l'empereur (3). Mais en même temps on voyait se développer comme une conséquence nécessaire de l'organisation dyarchique de l'État la tendance à soustraire l'ordre des sénateurs au pouvoir ré-

(1) Cette distinction ne présente d'intérêt que pour la justice civile de la ville de Rome et n'a pas été connue du droit romain, même dans cette mesure restreinte, avant l'époque d'Hannibal.

(2) *St. R.*, 3, 473. 901 [*Dr. publ.*, 6, 2, 65. 7, 77].

(3) Ceci est prouvé de la manière la plus nette par le procès de Pison sous Tibère (Tacite, *Ann.*, 3, 10).

pressif de l'empereur et à réserver au sénat lui-même, comme tribunal de pairs, la juridiction criminelle sur ses membres.
(287) Par suite de la réaction contre l'autocratie de Domitien, l'empereur Nerva s'obligea par serment lors de son avènement à ne jamais infliger la peine de mort à un sénateur. Les empereurs Hadrien et Septime Sévère renouvelèrent cette promesse et ce dernier la fit même confirmer par un sénatus-consulte organique (1). Cette restriction de la juridiction impériale ne s'est jamais appliquée que d'une manière éphémère. Il est certain que les souverains modérés ont pris soin, lorsqu'ils rendaient la justice vis-à-vis d'un sénateur, d'exclure de leur *consilium* tous les membres qui n'appartenaient pas à l'ordre sénatorial (2). — La compétence du domicile prévalant d'une manière absolue à toutes les époques dans la procédure pénale publique, les autorités fonctionnant hors de la capitale ont difficilement eu l'occasion, tant sous la République que sous le Principat, d'exercer leur juridiction vis-à-vis de personnes appartenant à l'ordre sénatorial. Par contre, Constantin a décidé que les personnes de rang sénatorial pourraient aussi être définitivement jugées au lieu du délit (3). Il semble que dans l'empire d'Orient on s'en est tenu à cette

---

(1) Dion exprime ceci clairement dans le conseil que Mécène donne à Auguste (52, 31) de renvoyer au Sénat pour y être jugées par lui toutes les accusations graves tendant à l'infamie, au bannissement où à la peine de mort et dirigées contre des sénateurs, leurs femmes ou leurs enfants et (ce que l'on peut ajouter d'après 67, 2) de ne pas juger un de ses pairs (τῶν ὁμοτίμων τινὰ). Mais Dion lui-même (53, 17) reconnaît qu'Auguste a exercé la juridiction capitale sur des sénateurs. Un exposé plus détaillé est donné dans le *St. R.*, 2, 961 [*Dr. publ.*, 5, 249-250]. Il est à noter que le sénatus-consulte rendu sur l'invitation de Septime Sévère frappe l'empereur contrevenant et ses auxiliaires de la mise hors la loi (πολέμιον νομίζεσται Dion, 74, 2).

(2) *Vit. Hadriani*, 8; *Marci*, 10. *St. R.*, 2, 991, n. 2. [*Dr. publ.*, 5, 282, n. 4].

(3) Constantin en 317 (*C. Th.*, 9, 1, 1 = *C. Just.*, 3, 24, 1) : *quicumque* (*non illustris, sed tantum,* ajoute Justinien à cause de la constitution citée p. 337, n. 1) *clarissimae dignitatis... in aliqua culpa seu crimine fuerit deprehensus, statim intra provinciam, in qua facinus perpetravit publicis legibus subjugetur neque super ejus nomine ad scientiam nostram referatur* (*neque... referatur* manque chez Justinien) *nec fori praescriptione utatur : omnem enim honorem reatus excludit, cum criminalis causa... moveatur.*

règle avec cette seule modification que, d'après une constitution de l'empereur Zénon, dans les actions criminelles graves contre un sénateur de la première classe (*vir illustris*) l'instruction a lieu devant le conseil d'État (*consistorium*) et est conduite par un fondé de pouvoir spécial nommé par l'empereur, tandis que le jugement est prononcé par ce dernier lui-même (1). Dans l'empire d'Occident, au contraire, vraisemblablement en vertu de constitutions de Valentinien I l'instruction appartient en cas de délit commis par un sénateur au gouverneur de province, mais celui-ci ne rend pas la sentence (2). Une commission composée du préfet de la ville et de cinq sénateurs tirés au sort, le *quinquevirale judicium* (3), fonctionne (288) comme tribunal criminel ordinaire pour le sénateur; c'est dans l'organisation postérieure de la justice répressive, qui, par ailleurs, est complètement administrée par des fonctionnaires impériaux, le seul tribunal qui se rattache à l'ancienne procédure des jurys.

Procédure pénale contre les soldats.

Le soldat n'a ni sous la République ni sous le Principat de tribunal spécial. La discipline des camps avec son organisation propre de délits et de peines n'appartient pas, ainsi que nous l'avons exposé plus haut (p. 32), au droit pénal proprement dit dont il est parlé ici. Cette discipline des camps comprend aussi la surveillance sur la conduite générale du soldat, par exemple la répression de l'*injuria* commise par ce dernier contre un particulier (4); mais il ne peut en être de même de tout délit commis par un soldat (5). Dans le droit de l'é-

(1) Zénon, *Cod.*, 3, 24, 3.

(2) Constitution de 376. *C. Th.*, 9, 1, 13. Cassiodore, *Var.*, 6, 21, 3.

(3) *C. Th.*, 9, 1, 13, de 376. 2, 1, 12, de 423. Le roi Théodoric établit un tribunal de ce genre pour juger une accusation criminelle de magie formée contre un sénateur et y fait siéger comme représentant du roi un Goth de distinction (Cassiodore, *Var.*, 4, 23. Cpr. *Neues Archiv*, 14. 515). L'*interpretatio* de la *lex romana Wisigothorum* sur la constitution de 423 fait de ce tribunal une commission de *quinque nobiles viri*, qui *de reliquis sibi similibus missis sortibus eliguntur*.

(4) Juvénal (*Sat.*, 16, 8 sv.) nous décrit clairement la plainte que le civil maltraité par un soldat adresse à l'officier et la *cognitio* du centurion.

(5) Une constitution de 215 (*Cod.*, 9, 16, 1 = *Coll.*, 1, 8) donne l'ordre au

poque impériale antérieure à Dioclétien, le pouvoir répressif du tribunal de la cour et celui du gouverneur de province s'étendant régulièrement tout à la fois aux soldats et aux particuliers, les organes judiciaires compétents pour ces deux catégories de personnes furent en fait le plus souvent les mêmes (1). Par contre, depuis que l'organisation militaire est séparée de la justice et de l'administration (2), tout délit commis dans le service par un soldat, même par un officier ou par le détenteur du commandement (3), est présumé rentrer dans
(289) la compétence du tribunal militaire (4), bien que différentes exceptions aient été admises à cette règle (5). Nous ne pouvons exposer ici quel est le tribunal militaire compétent dans chaque cas particulier (6). Les autorités militaires se sont fréquemment efforcées d'attirer devant leurs tribunaux les actions intentées par un soldat contre un civil, mais les lois ont toujours traité cette pratique comme un excès de pouvoir (7).

Procédure pénale contre les fonctionnaires subalternes.

Le droit de punir qui compète au supérieur vis-à-vis de son

---

gouverneur de province de réprimer *secundum disciplinam militarem* tout homicide qui ne serait pas punissable au criminel comme meurtre.

(1) Venuleius Saturninus (IIe siècle) l. I *de officio proconsulis* (*Dig.*, 48, 3, 9) dit, il est vrai : *de militibus* (vraisemblablement ceux qui sont subordonnés au proconsul) *ita servatur, ut ad eum remittantur, si quid deliquerint, sub quo militabunt.* D'après d'autres textes, le déserteur (*Dig.*, 49, 16, 3, *pr.*) et le soldat en général (*Dig.*, 48, 2, 22) sont punis à l'endroit où ils ont commis le délit. L'état des sources ne permet pas de dégager rien de plus précis.

(2) *Cod.*, 1, 29, 1 : *amplissima praefectura* (*nullam habeat potestatem*) *in militares viros.*

(3) *C. Th.*, 1, 7, 4 (= *C. Just.*, 1, 29, 2). *C. Just.*, 12, 54, 5. Il y a du reste lieu d'examiner si l'extension de la *militia* aux charges en général, réalisée dans la constitution de Dioclétien et de Constantin, n'a pas eu pour conséquence théorique et pratique de faire réprimer la faute de service suivant le système du droit de la guerre.

(4) *C. Th.*, 1, 7, 4. 2, 1, 2 de 355 : *si militaris aliquid admisisse firmetur, is cognoscat, cui cura rei militaris mandata est. C. Th.*, 9, 2, 2 = *C. Just.*, 9, 3, 1.

(5) Le tribunal du lieu du délit paraît être préféré dans le procès d'adultère à la *praerogativa* — même à celle du soldat (*C. Th.*, 9, 7, 9). Le rescrit impérial, dont j'ai traité dans le *Jahrbuch* de Bekker et de Muther, 6 (1863), p. 411, paraît établir une exception pour un cas particulier.

(6) Pour la procédure civile, cpr. Hollweg, 3, 84 sv.

(7) *C. Th.*, 1, 5, 10 (= *C. Just.*, 1, 26, 4). tit., 7, 2. *C. Just.*, 1, 46, 2. *Sanctio pragmat. pro pet. Vigilii*, c. 23.

subalterne rentre en général ou dans le domaine de la coercition, auquel appartient notamment la *multae dictio* si fréquente ici, ou dans celui de la juridiction ordinaire du supérieur (1) et ne constitue aucunement une juridiction spéciale. Cette règle comporte une exception de fait vis-à-vis de la domesticité impériale employée au service de la cour et dans l'administration, c'est-à-dire vis-à-vis des *Caesariani* (2). Ceux-ci, qu'ils soient esclaves ou même affranchis, sont soumis au tribunal de la cour en quelque sorte suivant les règles de la discipline domestique (3) et ce tribunal, selon toute apparence, exerce le pouvoir répressif non seulement pour les fautes de service, mais dans tous les cas (4). Cette justice pénale émi- (290)
nente de l'empereur sur sa domesticité est disparue depuis le jour où Dioclétien, semble-t-il, a supprimé la nomination d'affranchis aux postes subalternes de l'administration. — Depuis Théodose II, la domesticité de la cour trouve chez ses préposés un tribunal spécial compétent pour les fautes de service (5) et pour les affaires criminelles proprement dites (6); la

---

(1) *Dig.*, 48, 19, 6, 1.

(2) Le Καισάρειος est tout à fait, chez Dion qui en parle fréquemment, l'esclave ou l'affranchi impérial et, dans tous les autres passages où nous rencontrons ce terme, on doit ou on peut admettre la même conception. Il est disparu par suite de la modification du recrutement des subalternes indiquée plus loin. Les *Caesariani* postérieurs, notamment ceux des constitutions de Dioclétien (*Cod.*, 10, 1, 5, 2) et de Constantin (*C. Th.*, 9, 42, 1. 10, 1, 5, 1. tit. 7, 1. tit. 8, 2; Bruns, *Fontes* 6, p. 251), *officiales* d'après les gloses explicatives (sur *Cod.*, 10, 1, 5, 1) ou *catholiciani* (sur *C. Th.*, 9, 42, 1 = *C. Just.*, 9, 49, 9, 3), sont les subalternes des fonctionnaires des finances chargés de prendre possession des biens échus à l'empereur.

(3) Les *praefecti praetorio* ont, d'après Dion, 52, 24, en dehors de la juridiction militaire, celle sur la domesticité : καὶ προσέτι καὶ τῶν Καισαρείων τῶν τε ἐν τῇ θεραπείᾳ σου (= au service personnel de l'empereur) ὄντων καὶ τῶν ἄλλων τῶν λόγου τινὸς ἀξίων.

(4) Dans la persécution de Valérien contre les Chrétiens, ces gens de cour sont punis avec une rigueur spéciale. Cyprien, *Ep.*, 80 : *ut Caesariani quicumque vel prius confessi fuissent* (on ne tient donc pas compte de l'abandon de la religion) *vel nunc confessi fuerint, confiscentur et vincti in Caesarianas possessiones mittantur*, ce qui est une peine ordinaire pour les esclaves.

(5) Symmaque, *Ep.*, 10, 38, 5.

(6) D'après des constitutions de Théodose II les *officiales* du *comes sacrarum largitionum* (*C. Th.*, 12, 23, 12) et ceux du *magister officiorum* (*Cod.* 12,

législation postérieure de Justinien paraît l'avoir supprimé (1).

Tribunaux sacerdotaux de l'époque païenne.

Pour les tribunaux sacerdotaux de l'époque païenne, il nous suffit de renvoyer aux questions précédemment étudiées : procédure sacerdotale du *piaculum* dans laquelle on trouve difficilement une idée de contrainte juridique (p. 39 et sv.); coercition sacerdotale dépassant dans la procédure pénale contre les Vestales le domaine de la discipline domestique par suite de l'extension de la répression à des complices non revêtus du caractère sacerdotal (p. 21 n. 1, p. 40, n. 3) et empiétant même, au cas de procès d'amende contre les prêtres soumis au grand pontife, sur le domaine de la procédure comitiale (p. 184 n. 2).

Tribunaux ecclésiastiques.

La discipline ecclésiastique chrétienne constitue un domaine juridique propre; elle peut, soit sous la forme de tribunal réservé à l'état ecclésiastique, soit dans ses applications contre les laïques, se rencontrer avec la juridiction pénale dont nous nous occupons ici, elle n'en fait pas partie. Toutefois le parallélisme existant entre ces deux procédures et la situation de l'empereur à leur égard sont d'une telle importance pour l'intelligence du droit postérieur que nous ne pouvons négliger d'exposer au moins dans leurs grandes lignes les règles de la discipline ecclésiastique à cette époque.

(291) Le droit ecclésiastique.

Depuis que le christianisme avait obtenu sous Constantin I la reconnaissance de l'État et depuis qu'il s'était élevé sous Gratien et Théodose I au rang d'Église d'État, la discipline ecclésiastique était devenue immédiatement un élément essentiel des organisations reconnues. Mais la réunion de la plénitude des pouvoirs séculiers et ecclésiastiques, telle qu'elle était possédée et exercée par le sanhédrin juif, précurseur de

---

26, 2) doivent être jugés, même dans les affaires criminelles, par leurs chefs. Constitutions semblables de Léon (*Cod.*, 11, 10, 6. 12, 5, 3. tit., 20, 4. tit., 59, 8), Zénon (*Cod.*, 12, 16, 4), Anastase (*Cod.*, 12, 19, 12).

(1) La constitution de Théodose II qui étend la compétence des gouverneurs à tous les délits commis dans la province n'a pas passé avec la même étendue dans le Code de Justinien (*Nov. Theod.*, II, 7, 2, *pr.* Cpr. *Cod.*, 3, 23, 2); mais les lois postérieures de Justinien (*Nov.*, 8, 12. 69, 1) aboutissent à la même régle.

la puissance sacerdotale chrétienne, ne se conciliait pas avec l'organisation de l'État romain et n'a jamais été réclamée dans l'empire romain par les chefs de la communauté chrétienne. Il n'y a pas de juridiction sacerdotale; tout ce qui est requis pour l'existence d'un pouvoir répressif propre : lois pénales, autorités répressives, procédure pénale, fait défaut à l'Eglise. Mais celle-ci crée des équivalents de ces institutions, leur en substitue d'autres le cas échéant et fait tout cela avec l'approbation de l'autorité impériale.

La base juridique du droit pénal chrétien réside dans les règles reconnues par la chrétienté comme obligatoires pour tous (*sacri canones*). Le pouvoir de déterminer ces règles, de les interpréter, et, si cela est nécessaire, de les compléter, appartient à chaque empereur depuis que le christianisme est devenu religion d'État; c'est là une conséquence nécessaire de la notion d'Église d'État sous le régime d'un gouvernement absolu (1). On rencontre des prescriptions directes des souverains en matière ecclésiastique, elles sont à vrai dire nombreuses (2). Les empereurs chrétiens ont surtout exercé cette faculté en s'appuyant sur l'autonomie tolérée par eux des différentes communautés chrétiennes et de l'Eglise elle-même; ils ont, dans ce but, non seulement laissé aux synodes provinciaux le droit de formuler des règles, mais ils ont aussi provoqué des réunions de tous les évêques du territoire romain, ce qui rendait possible une législation ecclésiastique d'empire (3). Législation ecclésiastique.

(1) Le surplus au Liv. IV à propos de l'hérésie.

(2) Par exemple Valentinien III (*Nov.* 22, 5) menace le clerc qui profane une sépulture de la perte de l'état ecclésiastique et de la déportation ; Justinien (*Cod.*, 1, 4, 34) le menace, s'il joue aux dés ou se livre à d'autres actes semblables, tout d'abord de peines ecclésiastiques et, en cas de rechute, de l'inscription parmi les *curiales* ou les *officiales*. Ailleurs (*Nov.*, 123), il réglemente les élections ecclésiastiques.

(3) Ce sont les conciles œcuméniques; l'οἰκουμένη est l'*orbis terrarum* au sens romain du mot (*St. R.*, 3, 826 [*Dr. publ.*, 6, 2, 479]). C'est en se rattachant à cette monarchie mondiale que la chrétienté obtint pour la première fois son unité externe, l'autonomie des communautés chrétiennes antérieurement au concile de Nicée n'alla pas au delà de la réunion de synodes provinciaux et même, dans cette mesure restreinte, elle se manifesta plutôt sous la forme de conseils que sous celle d'ordres. La « grande

Ces assemblées doivent, au point de vue du droit public, être considérées comme des collèges consultatifs de spécialistes et leurs résolutions, lorsqu'elles peuvent être envisagées comme des prescriptions, reçoivent fréquemment leur force obligatoire formelle d'une loi confirmative de l'empereur.

(292) Application de la discipline ecclésiastique. L'autorité qui statue dans les questions de discipline ecclésiastique est déterminée par la constitution de l'Eglise. En principe, la décision appartient à l'évêque. Le système des degrés d'instance, qui appartient au droit postérieur, a exercé une influence importante sur la subordination du *presbyter* à l'évêque, de l'évêque au métropolitain et au patriarche ou au synode. Nous touchons là à des distinctions très profondes qui ne peuvent être exposées ici. L'empereur n'exerce pas directement son pouvoir de quasi-juridiction (1), mais, lorsqu'une sentence a été rendue par une autorité ecclésiastique, la décision définitive est confiée à une commission formée d'un certain nombre d'évêques nommés par l'empereur et fonctionnant en quelque sorte comme tribunal d'appel (2). La forme des débats dépend essentiellement de l'arbitraire de l'autorité ecclésiastique ; la notoriété et l'aveu ont dans cette procédure une toute autre importance que dans le procès criminel laïque et la condamnation de l'absent n'y souffre pas les mêmes difficultés (3). Cette procédure correspond toutefois, en principe, à celle qui est suivie pour le procès d'accusation devant les tribunaux d'État ; de même, une constitution de l'empereur Honorius de 411 étendit au procès ecclésiastique les dispositions qu'elle contenait sur l'accusation calomnieuse (4) et Justinien

---

confédération » des communautés chrétiennes qui avec ce concile se substitua à l'ancienne indépendance (Hatch, *Gesellschaftsverfassung der christlichen Kirche*, p. 179) n'est pas en réalité autre chose que l'aspect ecclésiastique de cette confédération municipale que nous avons l'habitude d'appeler l'empire romain.

(1) L'appel du synode à l'empereur est désapprouvé (Sulpice Sévère, *Chr.*, 2, 49).

(2) Exemples dans Löning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts* 1, 403 sv.

(3) Löning, *loc. cit.*, p. 394. Augustin (*Ep.*, 133) nous montre que l'évêque employait la correction, mais non la torture, pour obtenir l'aveu.

(4) *Const. Sirm.*, 15 = *C. Th.*, 16, 2, 41. La constitution concerne les cas

établit un réglement en ce sens pour ce même procès (1).

Le tribunal ecclésiastique n'a pas à sa disposition des moyens de répression propres; en principe, il impose des amendes, des actes religieux, des mortifications ou même des œuvres utiles. A l'instar de ce qui a lieu dans la procédure païenne du *piaculum*, on considère ici que ces actes compensent le tort commis et le font disparaître au point de vue religieux. Ces actes ne sont pas imposés dans une forme impérative, le chrétien qui ne veut pas promettre de les accomplir ou qui, après s'y être engagé, ne tient pas sa parole, ne peut pas être contraint par le tribunal ecclésiastique à les exécuter; il peut tout au plus être exclu de la communauté chrétienne (2). Mais le lien qui rattache les communautés locales de chrétiens à la généralité de la chrétienté, c'est-à-dire à l'Eglise d'État romaine, modifiait la portée de cette excommunication en ce sens que l'exclusion prononcée par un tribunal ecclésiastique devenait désormais formellement obligatoire pour les chrétiens de l'empire. La puissance des tribunaux ecclésiastiques s'étendit encore plus loin contre les membres de la communauté qui vivaient sous la discipline claustrale, parce qu'on pouvait en rendant les conditions de vie de ces derniers plus pénibles leur infliger des souffrances sensibles, et contre les ecclésiastiques chrétiens, parce qu'on avait la faculté de les priver de leur charge: dans ce cas, la procédure pénale ecclésiastique revêtait le caractère d'une instance disciplinaire qui se rapprochait de la véritable procédure pénale. Il put en être ainsi tant que les chrétiens formèrent une communauté libre. Depuis que le christianisme était devenu religion d'État, l'ex-

(293) Moyens de répression de la discipline ecclésiastique.

---

qui ne peuvent être traités que devant le tribunal ecclésiastique (*clericis, quos nonnisi convenit apud episcopos accusari* et ensuite *apud episcopos, si quidem alibi non oportet*); l'abrégé maladroit donné dans le Code a conduit à cette erreur que cette constitution enlevait aux tribunaux de l'État les affaires pénales contre des ecclésiastiques (cpr. Löning, *loc. cit.*, p. 306).

(1) *Cod.*, 1, 4, 29. Cpr. *Nov.* 123, c. 20.

(2) Cette excommunication se rencontre dejà chez l'apôtre Paul, 1 *Cor.*, 5, 9 sv.

communication, même si elle n'entraînait tout d'abord que des conséquences ecclésiastiques et le droit de priver les clercs de leur bénéfice, donnait aux autorités ecclésiastiques un pouvoir tel qu'il était de nature à évincer la puissance temporelle. En fait, une tentative eut lieu peut être de la part de l'empereur Julien (1), certainement, après la mort d'Honorius
(294) en 423, par Jean, souverain éphémère de l'empire d'Occident (2), pour transporter aux autorités temporelles le pouvoir disciplinaire ecclésiastique. Ces efforts furent vains ; les autorités ecclésiastiques restèrent en possession de cette arme terrible.

Limites de compétence entre les tribunaux de l'État et les tribunaux ecclésiastiques.

En principe, la législation de la dernière période nous montre juxtaposés, mais indépendants l'un de l'autre, le procès pé-

---

(1) Ambroise dans une lettre adressée à Valentinien II (*cl.* 1 *ep.* 21) récuse la compétence du tribunal laïque pour des questions de religion relatives à un évêque en s'appuyant sur une constitution de Valentinien I. : *cum hoc adseram, quod... pater tuus non solum sermone respondit, sed etiam legibus suis sanxit : in causa fidei vel ecclesiastici alicujus ordinis eum judicare debere, qui nec numere impar sit nec jure dissimilis ; haec enim verba rescripti sunt, hoc est sacerdotes de sacerdotibus voluit judicare. Quin etiam si alias argueretur episcopus et morum esset examinanda causa, etiam haec voluit ad episcopale judicium pertinere.* Cette constitution, qui ne nous est pas parvenue et qui reconnaissait le pouvoir disciplinaire ecclésiastique, a dû être dirigée contre une disposition contraire de Julien ; celui-ci avait du moins de bonnes raisons pour combattre le pouvoir disciplinaire des évêques et des synodes et leur enlever le droit d'excommunier et de déposer des clercs à raison de fautes en matière ecclésiastique ou contre les mœurs. Il est possible que Julien ait voulu par là réagir contre la constitution de Constance (*C. Th.*, 16, 2, 12) d'après laquelle les évêques ne devaient pas être attirés devant les juridictions de l'État (*in judiciis accusari*), mais avaient à se justifier devant d'autres évêques — c'est-à-dire devant le synode. — Il est impossible que cet empereur ait voulu exempter les évêques de toute juridiction temporelle, même de la sienne propre ; mais il pouvait bien autoriser l'exercice du pouvoir disciplinaire et exclure de la procédure pénale de l'État les cas où il convenait d'user de ce pouvoir.

(2) *Const. Sirm.* 6 = *C. Th.* 16, 2, 47 de 425 : *clericos... quos indiscretim ad saeculares judices debere deduci infaustus praesumptor* (Jean) *edixerat, episcopali audientiae reservamus his manentibus, quae circa eos sanxit antiquitas ; fas enim non est, ut divini ministri temporalium potestatum subdantur arbitrio.* Cette disposition ne peut être rapportée ni aux procès civils des clercs, ni à leurs délits publics ; car, après comme avant, les tribunaux laïques demeurent compétents dans les deux cas. Lorsque Jean renvoie les affaires pénales des clercs aux tribunaux laïques, cette mesure comprend les délits ecclésiastiques qui conduisent à l'excommunication et à la déposition.

nal laïque et la procédure ecclésiastique ; le tribunal laïque ne juge pas les délits religieux et le tribunal ecclésiastique n'empiète pas sur l'administration de la justice temporelle (1). Mais l'État se tient ici sur la défensive et fait maintes fois des concessions à l'Eglise. La plus importante de toutes, qui (295)
résulte nécéssairement, il est vrai, de la notion de religion d'État, a été de ranger l'hérésie parmi les délits politiques punis du bannissement, de l'intestabilité et de peines plus graves, quoique le pouvoir de statuer sur ces délits soit resté aux autorités temporelles (2). La tendance à soustraire les ecclésiastiques en général au tribunal laïque et à renvoyer toutes les affaires pénales des clercs aux tribunaux ecclésiasti-

---

(1) Valens en 376 (*C. Th.*, 16, 2, 23 : *si qua sunt* (*negotia*) *ex quibusdam dissensionibus levibusque delictis ad religionis observantiam pertinentia* (Cpr. Löning, *loc. cit.*, p. 305), *locis suis et a suae dioeceseos synodis audiantur, exceptis quae actio criminalis ab ordinariis extraordinariisque judicibus aut illustribus potestatibus audienda constituit*). Théodose I en l'année 384 (*Const. Sirm.*, 3) : *habent illi* (les évêques et les clercs) *judices suos nec quicquam his publicis commune cum legibus* (où il faut réunir *publicis* à *legibus*) *quantum ad causas tamen ecclesiasticas pertinet, quas decet episcopali auctoritate decidi.* Arcadius et Honorius en 399 (*C. Th.*, 16, 11, 1) : *quotiens de religione agitur, episcopos convenit agitare, ceteras vero causas, quae ad ordinarios cognitores vel ad usum publici juris pertinent, legibus oportet audiri.* En 403, le synode dépose Jean Chrysostome et l'annonce à l'empereur en ajoutant que Jean Chrysostome s'est rendu coupable d'un crime de lèse-majesté (en offensant l'impératrice Eudoxie), question pour laquelle le synode n'est pas compétent. (Mansi, *Coll. Concil.*, 3, p. 1151). Valentinien III en 452 (*nov.*, 14, 1, *pr.*) : *constat episcopos et presbyteros forum legibus non habere nec de aliis causis secundum Arcadii et Honorii divalia constituta* (= *C. Th.*, 16, 11, 1)... *praeter religionem posse cognoscere.* Justinien, *Nov.*, 83, c. 2. *Nov.* 123 c. 21, 1 attribue les ἐγκλήματα πολιτικὰ aux tribunaux temporels et les ἐγκλήματα ἐκκλησιαστικὰ aux tribunaux ecclésiastiques.

(2) Cpr. dans le Liv. IV la Section de l'hérésie. Un cas voisin est celui du bannissement d'évêques déposés, par exemple dans l'affaire mentionnée par Sulpice Sévère, *Hist. eccl.*, 2, 47, et dans la constitution d'Honorius (*C. Sirm.*, 2 = *C. Th.*, 16, 2. 35) ; toutefois l'évêque n'est pas banni, comme le pense Löning, *loc. cit.*, p. 407, parce qu'il est déposé, mais parce qu'il a troublé la tranquillité publique et le fait que dans le premier cas on blâme la demande d'assistance adressée à l'État prouve d'une manière caractéristique l'indépendance du tribunal disciplinaire. Lorsque Théodose I (*Const. Sirm.*, 3) ordonne au préfet d'Egypte de terminer (*terminare*) les affaires disciplinaires ecclésiastiques, il est vraisemblable qu'il fait allusion à des mesures analogues qui doivent être prises pour la tranquillité publique.

ques se manifeste déjà sans cependant triompher encore. Les évêques ont un pouvoir d'arbitrage dans les affaires civiles, la juridiction criminelle ne leur a pas été attribuée (1). Les ecclésiastiques jouissent dans la procédure pénale laïque de maints privilèges (2); mais ils lui restent soumis. Si le même délit réclame en même temps une répression laïque et une ecclésiastique, les deux procédures se déroulent parallèlement. Depuis Justinien qui a également donné aux évêques un certain contrôle sur les gouverneurs de province (3), le clerc reconnu coupable par un tribunal de l'État doit se présenter en outre devant l'autorité ecclésiastique. Si celle-ci approuve
(296) la sentence, le clerc est privé de sa charge ecclésiastique et judiciairement puni; sinon, l'affaire est tranchée par l'empereur (4). Cette compétence de l'empereur fait apparaître avec une netteté saisissante et caractéristique la concentration des deux pouvoirs en sa personne.

Intercession ecclésiastique dans la procédure pénale.

On peut encore mentionner que si la provocation contre un jugement n'ayant pas encore l'autorité de chose jugée appartient même à des tiers (5) et si l'intercession pour la personne condamnée par une sentence ayant autorité de chose jugée

---

(1) L'*episcopalis audientia* se restreint aux affaires civiles (*Cod.*, 1, 4. 7), y compris les délits privés (cpr. la constitution de 376, p. 344 n. 2). C'est donc contrairement à cette règle que Valentinien III (*Nov.*, 34, 1, *pr.*) l'admet aussi dans les procès criminels (car l'expression *causa criminalis* ne peut pas être rapportée, comme le veut Löning p. 307, au délit privé); mais cette exception a dû se restreindre au cas où le demandeur renonce à la répression par l'État et demande seulement la punition que l'évêque peut infliger.

(2) L'accusation calomnieuse est plus sévèrement punie, si l'accusé est un ecclésiastique (constitution de 445, *Cod.*, 1, 3, 22). En cas de délits peu graves, le clerc est dispensé de comparaître personnellement devant le juge répressif (Cassiodore, *Var.*, 8, 24, 3 : *presbyterum... ecclesiae Romanae pro levibus asseritis criminaliter impetitum*; cpr. Avitus, *Ep.*, 70 [61]) et on lui permet de se faire représenter dans l'action pour prise de possession violente (*pervasio*) et dans celle pour injure grave (*Nov. Valent.* III, 34, 1, *pr.*)

(3) *Nov.*, 86, c. 1.

(4) *Nov.*, 123 c. 21, 1.

(5) La constitution d'Arcadius dont il va être immédiatement question indique expressément la faculté pour les tiers de faire la provocation (cpr. le Liv. suiv. à propos des voies de recours).

n'est pas en principe défendue (1), les clercs chrétiens ont fait de ces deux facultés un fréquent usage (2) et ont considéré comme un devoir ecclésiastique d'intervenir dans la mesure la plus large par cette double voie (3). La trop grande condescendance avec laquelle les autorités temporelles ont accueilli ces interventions des prêtres chrétiens, a fréquemment entravé d'une manière intolérable la marche normale de la justice pénale. La conduite du clergé à ce point de vue ne peut être exposée et jugée que dans un tableau historique ; on ne doit toutefois pas omettre de relever en droit pénal que les ecclésiastiques chrétiens, notamment les moines, ne se sont pas toujours contentés d'intercéder et d'exercer leur influence, ils ont souvent protesté contre une condamnation ayant l'autorité de chose jugée et se sont même opposés par la force à son exécution, de telle sorte que dès les premières années qui suivirent la reconnaissance du christianisme comme religion d'État, les empereurs d'Orient Théodose I (4) et Arcadius (5) menacèrent de peines pécuniaires graves les fonctionnaires de l'État et leurs *officiales* qui admettraient de pareilles interventions, tandis qu'on confiait à l'évêque la punition des ecclésiastiques eux-mêmes ou qu'on ordonnait au besoin d'adresser à ce sujet un rapport à l'empereur.

---

(1) Elle est défendue pour le crime de lèse majesté (*Cod.*, 9, 8, 5, 2).
(2) Löning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, 1, 311.
(3) Ambroise, *De offic. minist.*, 2, 21, 102. cpr. 3, 9, 59.
(4) Constitution de 392 (*C. Th.*, 9, 40, 5; cpr. *C. Th.*, 11, 36, 31).
(5) *C. Th.*, 9, 40, 16 = 11, 30, 57 = *C. Just.*, 1, 4, 6 et *C. Just.*, 7, 62, 29.

SECTION XII

LE SERVICE DE SURETÉ

Mesures de sûreté prises par l'État.

Les mesures prises par la communauté contre les individus dangereux pour la sûreté publique ne peuvent, étant donnée l'imprécision même du but à atteindre, faire l'objet que d'une délimitation théorique imparfaite et elles appartiennent au droit administratif et non au droit pénal. Dans l'État romain, comme dans l'antiquité en général, ce rôle de la communauté est essentiellement plus restreint que dans nos sociétés modernes, parce que la protection de la propriété est, dans l'antiquité beaucoup plus que de nos jours, laissée au propriétaire; l'État n'intervient ici que dans la mesure où cela est nécessaire et, lorsqu'il le fait, il agit plutôt dans l'intérêt du propriétaire que pour son propre compte (1). — Néanmoins le service de sûreté, tel est le nom que nous lui donnerons ici, constitue fréquemment et dans une large mesure le fondement de la procédure pénale; aussi nous paraît-il nécessaire de men-

---

(1) Pétrone, 97. Cette remarque s'applique notamment à la recherche des esclaves fugitifs (Paul, 1, 5ª. *Dig.*, 11, 4); cette même idée nous explique la profession des *fugitivarii*, c'est-à-dire des poursuivants d'esclaves enfuis (*Dig.*, 19, 5, 18). Cependant Septime Sévère ordonne par rescrit à un préfet des vigiles (*Dig.* 1, 15, 5) : *fugitivos conquirere eosque dominis reddere debes.* — La recherche de tout autre bien volé incombe aussi en première ligne au propriétaire. C'est ainsi qu'il est dit dans une requête adressée à un stratège d'Egypte à l'occasion d'un vol d'âne (*Berl. Urk.*, 46) : ἐπιδίδωμι τόδε τὸ βιβλίδιον ἀξιῶν ἐν καταχωρισμῷ γενέσθαι ἐμοῦ μὲν ἀναζητοῦντος ἐν οἷς ἐὰν βούλωμαι τόποις.

tionner ici les fonctions et les institutions les plus importantes de ce service.

(298) Autorités chargées du service de sûreté à l'époque républicaine.

1. Pendant des siècles le service de sûreté a été assuré à Rome exclusivement par l'*imperium* urbain, c'est-à-dire par les consuls lorsqu'ils étaient présents, et, en leur absence, au début par le préfet de la ville, puis, après la création d'un troisième siège dans la magistrature supérieure, par le préteur urbain. Nous avons déjà exposé (p. 167) que dans la procédure pénale publique de la capitale la coercition illimitée du magistrat s'appliquait, lorsque le concours des comices n'était pas prescrit, et embrassait tant le service de sûreté que la juridiction pénale. Les tribuns de la plèbe, créés pour parer aux excès de pouvoir des magistrats, ne sont intervenus en pareille matière qu'exceptionnellement et dans des cas d'urgence (1). Quant aux édiles, ils sont bien à l'époque républicaine les détenteurs réguliers de la justice répressive inférieure vis à vis des individus dangereux pour la communauté; ils surveillent aussi les agissements de la populace, mais ne sont aucunement les autorités chargées du service de sûreté, d'autant plus qu'ils n'ont pas le pouvoir de procéder à des arrestations (2) et n'ont aucun rôle dans le service des prisons. Par contre, les *tres viri capitales* créés en 465/289, nommés d'abord par les consuls, puis élus par le peuple comme magistrats inférieurs, fonctionnent précisément comme autorités auxiliaires pour le

---

(1) *St. R.*, 2, 297. 328 [*Dr. publ*,, 3, 342, 378]. Depuis que nous savons que le romain désireux d'embrasser la profession de gladiateur devait le déclarer au tribun de la plèbe (Sénatusconsulte de l'époque de Marc-Aurèle sur les fêtes populaires dans Bruns, *Fontes* 6, p. 198 l. 62), l'affirmation de Juvénal (11, 7) d'après laquelle le tribun de la plèbe ne contraint pas à proprement parler ceux qui entrent ainsi dans la carrière de gladiateur, mais ne les en empêche pas, permet de conjecturer que le tribun s'efforçait de soumettre par ce moyen les individus suspects à une surveillance et, lorsqu'il n'y réussissait pas, se servait de ses pouvoirs pour les incarcérer.

(2) P. 44 n. 2. Le rôle auxiliaire que les édiles de la plèbe jouent dans la procédure pénale plébéienne (p. 181) ne semble pas s'être manifesté autrement. La « détention libre » que les édiles ordonnent comme délégués des consuls (Tite-Live, 39, 14, 9. Cpr. *St. R.*, 2, 488. 512 [*Dr. publ.*, 4, 182. 209]) repose sur un mandat extraordinaire.

service de sûreté. Ils ont tout d'abord la surveillance de la prison publique, point sur lequel nous allons revenir immédiatement ; ils ont de même à diriger les exécutions capitales, qu'elles aient lieu à l'intérieur ou en dehors de la prison, et doivent en outre assurer le maintien de l'ordre dans les rues pendant la nuit (*tres viri nocturni*). Ils n'ont pas de coercition propre, mais exercent, apparemment en vertu d'un mandat légalement organisé, la coercition étendue du consul et le pouvoir répressif sur les non citoyens et notamment sur les esclaves qui y est contenu (1). Dans les affaires de meur-
(299) tre, les personnes suspectes sont conduites devant eux et ils procèdent à un premier interrogatoire dont le but est de frayer le chemin à l'accusateur qui éventuellement se chargera de l'affaire (2). Ils paraissent avoir tenu des listes des individus mal famés et dangereux et avoir ainsi fourni aux édiles les renseignements dont ils avaient besoin pour exercer sur les mœurs la justice mentionnée plus haut (p. 183 n. 2). Cette charge républicaine de début doit, d'après les allusions purement incidentes qui nous sont parvenues, avoir eu une importance très grande (3); ces triumvirs ont été les précur-

---

(1) *St. R.*, 2, 595-598 [*Dr. publ.*, 4, 303-306]. Les circonstances vraisemblablement décisives en droit, à savoir, d'une part, l'existence d'un mandat légal, d'autre part, la situation du non citoyen vis-à-vis de la puissance publique, ne semblent pas présentées par les sources dans un rapport direct avec l'institution des triumvirs.

(2) Quelques années après la mort de Sylla, — nous raconte Cicéron, *Pro Cluentio*, 13 — un certain Asuvius de Larinum est tué à Rome à l'instigation d'Oppianicus. Les affranchis et les amis de la victime conduisent Avilius, soupçonné d'être l'auteur du meurtre, devant le triumvir Q. Manlius ; l'inculpé avoue le fait et l'instigateur est confronté avec lui. L'affaire se présente donc dans des conditions telles qu'un procès criminel devrait être intenté, mais le triumvir accepte de l'argent pour garder le silence et le procès n'a pas lieu : 13, 39, *causam et susceptam* (cpr. *Pro Cluentio*, 49, 136) *et manifestam relinquit*. On ne voit pas clairement si le triumvir aurait pu faire davantage à raison de sa charge. La continuation de l'affaire paraît avoir plutôt pour condition que quelqu'un se charge volontairement du procès et le silence de Manlius est acheté pour le détourner d'engager personnellement le procès, ce qu'il avait naturellement la faculté de faire, ou pour l'empêcher de donner son appui à celui qui prendrait l'affaire en mains.

(3) Cpr. spécialement Asconius, *In mil.*, p. 38.

seurs des préfets de la ville, tels qu'ils existent à l'époque impériale, et de leurs subordonnés ; toutefois ils n'ont pas de caractère militaire et ne jouissent pas, du moins en droit, d'un pouvoir répressif sur le citoyen romain. Le nom de ces fonctionnaires se rencontre encore sous le Principat, mais la charge elle-même y a difficilement subsisté en fait (1).

La détention publique.

2. Chez les Romains qui, comme tous les peuples de l'antiquité en général, ne comptaient pas l'emprisonnement au nombre des peines (2), la détention rentra dans le domaine de la coercition, ainsi que nous l'avons exposé dans le Livre I (p. 54). Cette institution est donc essentiellement dominée par le pouvoir arbitraire du magistrat. Ce pouvoir peut faire l'objet d'une certaine réglementation légale, l'arrestation peut dans certaines limites être prescrite ou interdite au magistrat ; mais, en règle générale, il n'y a pas lieu de s'inquiéter ici du fondement juridique de cette mesure, il suffit d'en connaître l'occasion. On écarte partout, précisément à raison du caractère arbitraire de cette institution, toute fixation de durée qui serait obligatoire pour le magistrat ; la détention est toujours infligée jusqu'à nouvel ordre, elle peut être levée à tout moment, mais peut aussi être prolongée à l'infini, bien qu'elle se présente ordinairement en pratique comme quelque chose de transitoire et de provisoire. En droit pénal, on la rencontre surtout — si l'on fait abstraction de son application générale en cas de désobéissance (p. 54 n. 4) — comme moyen d'assurer soit la continuation du procès, soit l'exécution de la condamnation pénale, donc soit comme détention préventive, soit comme détention d'exécution. C'est dans les Sections re-

(300) [in the right margin beside the line "casion. On écarte partout, précisément à raison du caractère ar-"]

(1) Les *nocturni* chez Pétrone c. 15 et dans l'inscription dacique *C. I. L.*, III, 12539 (Domaszewski, *Rhein. Museum*, 47, 159) sont peut-être une institution municipale correspondante à celle des triumvirs. — Les *quinque viri cis Tiberim* ou *cistiberes* (*St. R.*, 2, 611 et p. XIII [*Dr. publ.*, 4, 321, 322, n. 3] ; Hirschfeld, *Hermes*, 24, 106 et *Sitz. Ber. der Berl. Akad.*, 1891, p. 847) de l'époque républicaine, mais qu'on rencontre encore sous l'Empire, ont des fonctions analogues ; on ne peut toutefois déterminer leur compétence d'une manière plus précise.

(2) Les exceptions, à peine digne d'être mentionnées, sont réunies dans le Liv. V à propos des peines privatives de liberté.

latives à ces matières que nous indiquerons les cas dans lesquels elle est permise ou nécessaire ; ici nous ne voulons exposer que les formes suivant lesquelles elle s'accomplit.

L'enchaînement. La détention publique (1) a pour point de départ l'enchaînement du prisonnier de guerre (2) ; la détention est même désignée techniquement dans le langage ordinaire des citoyens comme « le fait de mettre des liens » (3). L'incarcération n'im-

---

(1) La détention publique, les *vincula publica*, ne doit pas être confondue avec les *vincula* de l'esclave qui appartiennent au régime de la discipline domestique. Ces derniers ont une importance juridique pour la question de savoir si l'esclave peut parvenir au complet affranchissement (Ulpien, *Dig.*, 50, 16, 216 d'après lequel les *vincula corpori adhibita* sont ici nécessaires, la simple incarcération ne suffisant pas). Il ne faut pas confondre non plus avec les précédents les *vincula* injustes, indiqués comme cas principal de rapt de liberté et donnant droit à la *restitutio in integrum ;* il suffit, pour que cette dernière soit accordée, d'une incarcération même sans enchaînement (*Dig.*, 4, 6, 9. 50, 16, 48. 1. 224).

(2) *Vincere* n'est vraisemblablement qu'une forme accessoire de *vincire* (= lier) dont la signification fondamentale (cpr. *vimen, vitis*) est certaine. La mise aux liens, originairement prescrite par la loi des XII Tables Schöll, 3, 4 [Girard, 3, 3]) pour la prison privée : *vincito aut nervo aut compebidus XV pondo ne minore aut si volet majore* (telle est la disposition transmise par la tradition, elle est peut-être exacte et a pour but de rendre l'évasion plus difficile) consiste à lier les pieds avec des lanières ou des chaînes (Festus, p. 165 : *nervum appellamus etiam ferreum vinculum, quo pedes impediuntur*) ou à enfermer les pieds dans de lourds souliers de bois unis ensemble, c'est-à-dire dans un bloc (*ligneae soleae in pedibus inductae* : *Rhet. ad Her.*, 1, 13, 28 et Cicéron, *De Inv.*, 2, 50, 148 ; aussi *codex* : Plaute, *Poen.*, 1152, Properce, 5, 7, 44, Juvénal, 2, 57 ou *cippus* = ποδοκάκη de la glose 2 p. 100 Goetz). Plus tard on se sert surtout de fers mis aux bras ou aux mains, et (suivant un vieil usage guerrier grec : Athénée 5 p. 213 b) ces fers sont notamment utilisés pour lier le prisonnier au gardien qui lui est donné. Sénèque, *Ep.*, 5, 7 : *eadem catena custodiam et militem copulat.* Le même, *De tranq. an.*, 10, 3. Josèphe, *Ant.*, 18, 6, 7 = 196. Augustin sur le psaume 128, 8 vol. 2 p. 1451 Maur. : *ligantur duo et mittuntur ad judicem latro et colligatus... una catena.* C'est sans doute à cette pratique que se rapporte aussi *Dig.*, 4, 6, 10 : *in vinculis etiam eos accipimus, qui ita alligati sunt, ut sine dedecore in publico parere non possint.* Ce procédé a dû surtout être employé pour le transport des prisonniers.

(3) Cicéron, *De leg.*, 3, 3, 30 : *multa vinculis verberibusve.* Le même, *De rep.*, 3, 5, 23 . *morte exilio vinclis* et souvent ailleurs. *In vincula conicere* ou *ducere* sont les termes techniques pour désigner l'arrestation et sont plus fréquemment employés que les expressions analogues qui visent le *carcer. Vincula carcer* (Cicéron, *Verr.*, 3, 24, 59. 5, 9, 23) sont réunis dans un mouvement oratoire ; par contre dans la loi de César sur la violence (*Coll.*, 9, 2, 2 = *Dig.*, 22, 5, 3, 5) et ailleurs (*Dig.*, 4, 6, 9. 1. 28, 1. 47, 2, 52,

plique pas nécessairement l'enchaînement. Toutefois, dans (301) leur application par la magistrature, enchaînement et détention coïncident en ce sens que le magistrat compétent peut bien infliger la détention sans mettre aux fers, mais a ordinairement le droit, si la sûreté lui paraît le réclamer, d'unir ces deux mesures (1). L'enchaînement sans incarcération a également lieu, mais seulement à titre exceptionnel, semble-t-il (2).

La prison d'État.

L'incarcération exige en cas d'application permanente un local qui lui soit affecté. Mais tandis que dans la vie de la *domus*, l'enceinte des esclaves, l'*ergastulum*, a servi de tout temps dans ce but (3), il est vraisemblable qu'une prison publique n'a été établie à Rome que relativement tard. Il est vrai que la tradition romaine attribue au roi Ancus Martius la construction de la prison publique sur le marché (4), c'est-à-dire du *carcer*, et au roi Servius Tullius (5) celle des souterrains, qui sont sous la première, c'est-à-dire du *tullianum*. Mais le *tullianum* reçoit plutôt son nom du vieux mot *tullius*, source jaillissante, donc de la source qui fut originairement installée comme fontaine du château (6), et *carcer*, mot commun au latin et au grec sicilien, n'a vraisemblablement pas été transporté de Rome en Sicile, mais est un mot emprunté au grec, (302)

12. 48, 19, 28, 7. 49, 16, 13, 5. 50, 16, 224) *vincula* (sans *carcer*) et *custodia* sont mis à côté l'un de l'autre pour désigner l'enchaînement et la simple incarcération, quoique *custodia* soit quelquefois employé dans un sens plus large (*Dig.*, 48, 3, 1).

(1) Du moins dans nos sources juridiques l'individu incarcéré dans la prison publique n'obtient jamais de plein droit l'exemption des fers.

(2) Dans un papyrus de Vienne (Wessely, *Schrifttafeln zur lat. Paläographie*, Vienne, 1898, p. 10 n. 24) qui est vraisemblablement le débris d'un ouvrage juridique, on trouve écrits en marge comme r(*ubrica*), à côté du texte dont il ne reste que quelques lettres, les mots suivants : *catenatus esse debet, non tamen ut in carcere agat, nisi suspecta sit persona.* Je ne connais pas d'autre preuve d'enchaînement sans incarcération dès l'instant où l'on ne veut pas tenir compte ici de l'enchaînement du prisonnier à son gardien (p. 352, n. 2).

(3) Pline, *H. n.*, 18. 6, 36 : *coli rura ab ergastulis pessimum est.* Columelle, 1, 6, 3. c. 8, 16. 11, 1, 22. Marquardt, *Privatalterth.*, p. 180 [*Manuel Antiq. Rom.*, t. XIV, p. 211].

(4) Au *comitium* : Sénèque, *Contr.*, 7, 1, 22.

(5) Varron, *De l. Lat.*, 5, 151. Tite-Live, 1, 33, 8.

(6) Jordan, *Topogr.*, 1, 1, 453.

de même que les carrières de pierre (1), peu éloignées de la prison de la ville et servant également aux incarcérations, sont appelées, comme celles de Syracuse et par relation manifeste avec ces dernières, *lautumiae* (2). Le *tullianum* est surtout utilisé comme lieu de supplice pour les exécutions non publiques (3). A l'opposition du *carcer* et des *lautumiae* (4) se rattache vraisemblablement la distinction, qui apparaît plus tard d'une manière générale dans le service des prisons, entre la « prison intérieure » pour les détenus enchaînés, sombre et où le public n'est pas admis, et la prison extérieure, dans laquelle les détenus se meuvent librement et où des étrangers peuvent pénétrer (5). Ce n'est pas le lieu d'aborder ici

(1) Les dictionnaires citent à l'appui de Κάρκαροι ou κάρκαρος des passages de Simonide, Sophron, Rhinton ; mais le mot n'est pas communément employé en grec. En latin (au pluriel, *carcares* ou *carceres* dans les actes des frères arvales, au singulier toujours *carcer*) il désigne au singulier un enclos ou une prison et au pluriel les barrières des champs de courses. Le mot reste inexpliqué au point de vue étymologique.

(2) Varron, *De l. L.*, 5, 151 et vraisemblablement à sa suite Festus p. 117. Les *lautumiae* romaines sont mentionnées depuis le VIe siècle de la fondation de Rome (si l'on fait abstraction de la chronique de la ville *Chron. min.*, 1, p. 145, la première mention historique que nous en ayons date de Tite-Live, 26, 27, 3).

(3) Salluste, *Cat.*, 55 et ailleurs. Il s'appelle aussi *carcer inferior* (Tite-Live, 34, 44, 8) ou *robur* (Tacite, *Ann.*, 4, 29 ; *Val. Max.*, 4, 6, 1 ; Festus, *Ep.*, p. 264), cette dernière expression est vraisemblablement employée à raison d'une potence en bois de chêne installée dans cette prison.

(4) Tite-Live, 32, 26, 17, relève cette opposition : *triumviri carceris lautumiarum intentiorem custodiam habere jussi*, où les deux génitifs doivent être conçus comme parataxes ; cela n'aurait en effet aucun sens de restreindre la surveillance aux *lautumiae* et *carcer lautumiarum* ne se trouve nulle part. Les *lautumiae* sont nommées à l'époque postérieure à côté du *carcer* ou des *vincula publica* comme prison moins sévère dans laquelle les détenus se meuvent librement (Sénèque, *Contr.*, 7, 1, 22. *Dig.*, 4, 6, 9. 11, 5, 1, 4. Dosithée, *Sent. Hadriani*, 3). Il est difficile qu'on ait pensé ici aux locaux des *lautumiae* originaires, mais le mot est employé à titre de métonymie pour désigner la prison moins rigoureuse. Sont incarcérés dans cette prison ceux, *qui in publico sine vinculis servantur* (*Dig.*, 50, 16, 48) et c'est à eux qu'il faut penser quand il est question des travaux littéraires des prisonniers et de leurs rapports avec leurs amis. Aulu-Gelle, 3, 3, 15 : *de Naevio accepimus fabulas eum in carcere duas scripsisse*. Suétone, *Tib.*, 61 : *quibusdam custodiae traditis non modo studendi solacium ademptum, sed etiam sermonis et colloquii usus*, si toutefois on ne fait pas allusion dans ce texte à une *custodia libera* aggravée.

(5) Calpurnius Flaccus, *Decl.*, 4 : *video carcerem publicum saxis ingentibus*

les nombreuses questions de topographie antique qui se rattachent à cette matière. Nous avons déjà dit que la prison de (303) la ville était placée sous la direction des triumvirs précédemment nommés, que ceux-ci y gardaient les individus dont ils s'étaient emparés dans leurs inspections (1) et y procédaient aux exécutions non publiques (2). Il y a eu certainement à l'époque républicaine d'autres locaux utilisés pour l'incarcération (3) et on a vu fonctionner à côté d'eux la détention privée à raison d'un mandat public et sous le Principat la détention militaire (4); mais il n'y a jamais eu sous la République comme à l'époque impériale (5) qu'une prison de la cité.

Traitement des détenus.

Nous ajoutons immédiatement ici le peu que nous arrivons à connaître sur le traitement des détenus. Sans doute, la personnalité du directeur de la prison et plus encore celle de ses

---

structum angustis foraminibus tenuem lucis umbram recipientem. D'après Constantin, *C. Th.*, 9, 3, 1 = *C. Just.*, 9, 4, 1, 3, celui qui est en détention préventive *non sedis intimae tenebras pati, sed usurpata luce vegetari.* Histoire des Apôtres, 16, 24 : ἔβαλεν αὐτοὺς εἰς τὴν ἐσωτέραν φυλακὴν καὶ τοὺς πόδας ἠσφαλίσατο αὐτῶν εἰς τὸ ξύλον. Dans les actes du martyre de Pionius, c. 11 : οἱ δεσμοφύλακες.. ἔβαλον αὐτοὺς εἰς τὸ ἐσώτερον, mais la direction de la prison les laisse bientôt retourner εἰς τὸ ἔμπροσθεν. La prescription d'après laquelle le geôlier est puni, lorsqu'un prisonnier est trouvé *sine vinculis*, doit se rapporter au *carcer* proprement dit (*Dig.*, 48, 3, 8).

(1) Tite-Live, 3, 58, 2 : *jacere vinctum inter fures nocturnos et latrones.* 38, 59, 10. Cpr. 3, 57, 4 : *domicilium plebis Romanae.*

(2) Cicéron, *Cat.*, 2, 12, 27 : *carcerem.. vindicem nefariorum ac manifestorum scelerum majores nostri esse voluerunt.*

(3) Ainsi l'*aerarium*, voisin de la prison publique (Zonaras, 8, 3, 1, d'après Dion, p. 171, Boissée) et les docks (*Polyb.*, 36, 5 [3], 9).

(4) Juvénal, 3, 312 : *felicia dicas saecula quae quondam sub regibus atque tribunis viderunt uno contentam carcere Romam.*

(5) Le carcer a peut-être servi à cette époque (il est encore mentionné dans la dernière période : Ammien 28, 1, 57 ; Sidoine, *Ep.*, 1, 7) surtout pour la détention en vue d'assurer l'exécution d'une condamnation pénale. Claude, lors de son avènement, déblaie le *carcer* en libérant tous ceux qui étaient condamnés pour crime de lèse-majesté et en faisant exécuter les autres (Dion, 60, 4). De même, les récits relatifs à Paconianus (Tacite, *Ann.*, 6, 3. 39) et aux complices de Séjan (*loc. cit.*, 6, 19) indiquent aussi des retards dans l'exécution de condamnations à mort. On peut encore mentionner comme preuve de la prolongation de la détention préventive la constitution de 414 (*C. Th.*, 9, 40, 22 = *C. Just.*, 9, 47, 23), d'après laquelle, si le coupable condamné à un exil temporaire a déjà passé en prison un temps correspondant à celui de son exil, la peine prononcée ne sera pas appliquée.

subalternes d'une part, la fortune et l'influence du détenu d'autre part, ont toujours joué un role prépondérant en cette matière ; les prisonniers qui ont des ressources ou qui sont soutenus par leurs amis n'ont pas ordinairement à se restreindre dans leur manière de vivre (1), tandis que les pauvres et
(304) les petites gens tombent dans une misère affreuse (2). Nous connaissons peu de prescriptions générales sur le régime des prisons, si nous faisons abstraction de celles dont il sera parlé dans la Section suivante sur l'exemption de la détention préventive pour le citoyen romain et le peu que nous savons concerne presque exclusivement la dernière période. A notre connaissance, la constitution de Constantin I de 320 (3) est la première qui prescrive un traitement humain des prisonniers ; elle vise en première ligne ceux qui sont en détention préventive, sans que toutefois on ordonne, ici ou ailleurs, de les séparer de ceux qui sont détenus pour assurer l'exécution d'une condamnation. On prescrit à cette époque de séparer les sexes (4), d'enchaîner sans faire subir des tourments inutiles (5), d'accorder dans une certaine mesure la liberté de se mouvoir

---

(1) C'est ainsi que l'influence dont jouit Antonia auprès du préfet de la garde procure à Agrippa, prince juif jeté par Tibère dans les fers, un régime copieux et une couche confortable de même qu'elle lui donne la possibilité de recevoir ses connaissances et amis (Josèphe, *Ant.*, 18, 6, 9 = 202-204). Le sort des chrétiens détenus a été très fréquemment adouci d'une manière analogue. Le Sénat peut allouer des secours alimentaires (*diaria*) aux prisonniers des meilleures classes de la société qui seraient sans ressources (Sénèq., *Contr.*, 9, 4 [27], 20).

(2) On ne permet pas au détenu de se laisser mourir de faim (Calpurnius Flaccus, *Decl.*, 4 : *cibum recusantibus spurca manu carnificis ingeritur*). Le discours περὶ τῶν δεσμωτῶν, attribué à Libanius, esquisse un tableau horrible du régime des prisons pendant la dernière période.

(3) *C. Th.*, 9, 3, 1 = *C. Just.*, 9, 4, 1.

(4) *C. Th.*, 9, 3, 3 = *C. Just.*, 9, 4, 3. Justinien (*nov.*, 134 c. 9) substitue, pour les femmes, à l'incarcération l'internement dans un cloître ou dans une maison particulière ; cette dernière forme d'internement avait déjà lieu auparavant à titre d'adoucissement (Ammien, 28, 1, 47).

(5) La constitution de Constantin de 320, citée plus haut, défend de mettre des menottes étroites en fer (*ferreas manicas et inhaerentes ossibus*). La mise aux fers est une aggravation de l'enchaînement très fréquente pour les esclaves (Cicéron, *Verr.*, 5, 41, 107. *C. Th.*, 15, 12, 2 et ailleurs.)

dans la prison extérieure (1), d'attribuer des secours alimentaires à ceux qui sont tout à fait pauvres (2). La législation n'est guère allée plus avant dans cette voie (3) et même les dispositions que nous venons de rapporter n'ont certainement été qu'imparfaitement appliquées. — Ordinairement, les liens sont enlevés pendant le procès, même lorsque l'enchaînement a été ordonné ; toutefois le contraire a eu également lieu (4). — (305)
Nous traiterons plus loin de la surveillance exercée sur les prisons tant par les gouverneurs de province que par l'empereur et les fonctionnaires impériaux.

La détention libre.

3. A côté de la détention dans une prison publique, on trouve une autre détention ordonnée par le magistrat et subie dans une maison privée, notamment dans celle d'un magistrat. De même, le pouvoir arbitraire de ce dernier qui règne d'une manière absolue en cette matière s'y manifeste notamment en ce que le magistrat qui ordonne la détention en détermine en même temps à son gré les modalités. La dénomination de « détention libre » (*custodia libera*) (φυλακὴ ἄδεσμος) provient de ce qu'ordinairement du moins celle-ci ne comporte pas l'enchaînement, bien que celui qui se charge d'assurer cette détention ait dû avoir en droit la faculté de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher l'évasion (5). La détention privée

---

(1) La même constitution ordonne que le prisonnier à titre préventif ne soit pas détenu pendant le jour dans les ténèbres de la prison intérieure, mais qu'il soit conduit dès la pointe du jour dans la partie extérieure. D'après une autre constitution d'Honorius (*Cod. Th.*, 9, 3, 7 = *C. Just.*, 1, 4, 9) les prisonniers doivent même être régulièrement conduits au bain.

(2) La même constitution d'Honorius accorde aux *commentarienses* une indemnité journalière pour l'entretien des prisonniers sans ressources.

(3) La prescription de Théodose II, reprise par Justinien (*C. Th*, 9, 2. 3 = *C. Just.*, 9, 3, 2) : *nullus in carcerem priusquam convincatur omnino vinciatur*, si *convinci* désigne le jugement définitif formel, ne peut pas être aisément conciliée avec la proposition ajoutée par Justinien à la constitution de Constantin, *C. Th.*, 9, 3, 1 = *C. Just.*, 9, 4, 1, 2, d'après laquelle l'inculpé ne doit être enchaîné que si la gravité de l'accusation l'exige.

(4) Suétone, *Ner.*, 36 : *conjurati* (avec Pison contre Néron) *e vinculis triplicium catenarum dicere causam.*

(5) Un déserteur, sujet à caution, est remis pendant la guerre contre Hannibal à la *libera custodia* de Calès, ville digne de confiance, avec la condition qu'il pourra sortir pendant le jour suivi de ses gardiens et

a dû être utilisée de tout temps pour les personnes des meilleures classes et elle est restée en usage jusque sous l'Empire, surtout parce que la mauvaise organisation de la prison de la cité et le peu de sûreté qu'elle offrait faisait d'elle une forme d'incarcération toujours plus douce et souvent plus convenable. — Il existe une institution qui a grande connexité avec la détention libre (1) et dont il sera parlé dans la Section suivante : c'est celle de la caution agréée par le magistrat, garantissant la comparution en justice et dont le but est précisément d'écarter la détention préventive. Toutefois le garant n'a pas, que nous sachions, de moyens de droit à sa disposition pour rendre plus difficile la fuite de la personne cautionnée.

Les institutions municipales pour le service de sûreté.

4. Au point de vue du service de sûreté, Rome est restée cité et n'a jamais revêtu le caractère d'État, et même, en sa qualité de membre et de chef de la grande ligue des villes, elle a
(306) non seulement laissé a chacune de celles-ci avec l'autonomie judiciaire et administrative le soin de pourvoir à la sécurité publique dans l'étendue de leur ressort, mais elle s'est également

Italie.

déchargée autant qu'elle a pu sur les cités italiques de la partie de ce service qui lui incombait en droit comme capitale. Au point de vue de la sûreté des prisons, c'est à celle de la capitale que les magistrats se fiaient le moins ; aussi, dans les cas importants, remettaient-ils la garde des prisonniers aux

---

qu'il sera enfermé la nuit (Tite-Live, 24, 45, 8. 10). Dans le procés des Bacchanales les prêtres de Bacchus sont, en vertu d'un mandat des consuls, arrétés par les édiles curules et internés *libero conclavi* pour être soumis à un interrogatoire (*ad quaestionem :* Tite-Live, 39, 14, 9). La procédure du même genre suivie contre les conjurés de Catilina est connue (Salluste, *Cat.*, 47 : *senatus decrevit, uti... Lentulus itemque ceteri in liberis custodiis essent.* Cicéron, *Cat.*, 4, 2, 5). Sous Tibère, il y a des condamnés qui, au lieu de subir la peine prononcée contre eux, sont détenus pendant des années dans les habitations des magistrats. Tacite, *Ann.*, 6, 3 : *custoditur domibus magistratuum.* Dion, 58, 3 : ἐν φυλακῇ ἀδέσμῳ... πρὸς... τῶν ἀεὶ ὑπάτων ἐτηρεῖτο ἔξω τῆς του Τιβερίου ἀρχῆς τότε γὰρ πρὸς τῶν στρατηγῶν ἐφυλάχθη.

(1) L'acceptation de garder quelqu'un dans sa demeure peut, à l'égal du cautionnement, être considérée comme un service rendu par affection à l'accusé. Cpr. au sujet du rapport existant entre ces deux actes ce que nous disons p.

municipes italiques. Ceux-ci, en l'absence d'une armée permanente, étaient plus aptes à assurer ce service (1). De même, la législation de Sylla qui, au moins pour les procès de meurtre, attribue aux cités voisines tout le territoire originairement compris dans le ressort de Rome et ne réserve au tribunal de la capitale que les meurtres commis à Rome ou dans le premier mille autour de la ville (p. 263), a été vraisemblablement influencée par des considérations analogues. Aucun récit ne mentionne expressément que les autorités de Rome soient intervenues dans les environs contre les brigands et cela n'a pas pu avoir lieu fréquemment, bien que les occasions de le faire ne leur aient pas manqué. Par contre, c'est bien à des expéditions de ce genre que l'on pense surtout, lorsque le droit municipal d'une colonie de César dans le sud de l'Espagne donne à l'assemblée des décurions la faculté d'appeler les citoyens sous les armes et attribue au chef de la cité ou à son représentant, nommé spécialement dans ce but, en même temps que les pouvoirs d'un tribun militaire romain, le droit de sortir avec ces troupes (2). Cela est d'autant plus vraisemblable qu'on mentionne pour la même époque une expédition de ce genre entreprise par la cité italique de Minturnes (3). Au moins sous le Principat, d'après nos renseignements très incomplets même pour cette époque, des institutions municipales pour le service de sûreté ont vraisemblablement existé sous des formes différentes dans toutes les cités de l'empire. Pour l'Egypte, nous Egypte.
savons qu'il y avait une police de sûreté organisée jour et nuit (307)
jusque dans chaque village et occupant de nombreuses troupes (4). Il est vrai que cette partie de l'empire n'est pas soumise

(1) Sous la République les prisonniers de marque, prisonniers de guerre ou détenus politiques, sont régulièrement confiés à la surveillance des villes italiques. V. preuves dans *St. R.*, 3, 1202, n. 1 [*Dr. publ.*, 7, 426, n. 1].

(2) *Lex coloniae Genetivae*, c. 103 : [*finium dividendorum causa*] *armatos educere.* Les premiers mots, étant donné que les corrections *defendendorum* ou *tuendorum* sont peu satisfaisantes, sont sans doute une des nombreuses gloses qui altèrent ce texte.

(3) Appien, *B. C.*, 4, 28.

(4) En Egypte chaque localité (χώμη), bien qu'elle ne possède pas d'or-

au système général d'organisation municipale et que les chefs de district on stratèges, nommés par le gouvernement et fonctionnant ici à la place des autorités municipales, ont eu sans doute de tout temps une compétence plus étendue que ces dernières. Dans la moitié latine de l'empire, on rencontre pour différentes localités un commandement militaire urbain fonctionnant comme charge municipale et organisé contre les voleurs de grands chemins (1); dans la moitié grecque, surtout dans

Provinces occidentales.

ganisation municipale, a eu, au moins depuis le IIe siècle après J.-C., un service de sûreté propre. Dans un village de ce genre (*Greek pap. of the Br. mus.*, 2, p. 158) nous trouvons le service de sûreté organisé à 4 degrés : celui des πρεσβύτεροι, celui des ἀρχέφοδοι, celui des εἰρηνοφύλακες et celui des φύλακες. Il en est de même dans un autre village (*Berliner gr. Pap.* 6) avec cette seule différence que la troisième catégorie fait défaut. Le revenu (πόρος) de chaque personne est indiqué conformément à cette gradation. A Oxyrhinque (Grenfell and Hunt, *The Oxyrhyncos papyri* 1, n. 43 verso) on a trouvé une liste de subalternes de ce genre d'après laquelle 6 φύλακες sont postés au serapeum, 3 au théâtre, 2 au gymnase et 7 au thoerion et un grand nombre d'autres dans des locaux privés. Les documents publiés par Hirschfeld (*Sitz. Ber. der Berl. Akad.*, 1892 p. 815 et sv.) nomment à propos d'une commune égyptienne qu'on ne peut déterminer l'εἰρηνοφύλαξ et l'ἀρχινυκτοφύλαξ à côté de nombreux φύλακες et citent encore à côté d'eux des πεδιοφύλακες et des ὀρεοφύλακες ; ils montrent en outre que les autorités ont la faculté, lorsqu'elles veulent poursuivre certains individus, de convoquer comme preneurs de brigands (ληστοπιασταί), en dehors des autorités du village le plus directement intéressé à la punition, un certain nombre de personnes de cette localité en les désignant nommément et avec menace pour celles qui ne répondraient pas à cet appel d'être arrêtées et punies par le préfet d'Egypte. Dans un titre d'Oxyrhinque (Grenfell et Hunt, *loc. cit.*, n. 64) un *decanus* romain ordonne au Κώμαρχος et à l'ἐπιστάτης εἰρήνης de remettre un accusé à son estafette ou de venir eux-mêmes. Ces chefs de village et leur personnel sont désignés d'une manière générique sous le nom de δημόσιοι της κώμης dans le papyrus de Berlin déjà cité et dans les papiers d'Abinnaeus de l'époque de Constance, où le commandant militaire est amené à les convoquer contre des perturbateurs (*Papyri of the British mus.*, 2 p. 271). D'après ces derniers documents les ἀγροφύλακες τῆς κώμης agissent de la même manière (*loc. cit.*, p. 275.)

(1) Dans une inscription de Nyon (*Inscr. Helv.*, 110 = *C. I. L.*, XIII, 5010) et dans une autre inscription de la région de Bingen (Brambach n. 736, cpr. Hirschfeld, *Berl. Sitz. — Ber.* 1891 p. 375), un *praefectus arcendis latrociniis* apparait comme occupant une charge municipale de début, à laquelle succède le duumvirat. Cette charge peut avoir été d'une application plus générale et ne se rencontrer que rarement dans les textes à raison de son peu d'importance. — Le *praefectus stationibus* que mentionne la seconde de ces inscriptions, c'est-à-dire le chef des postes municipaux,

l'Asie Mineure, on trouve à titre permanent et général et muni de la même compétence, l'irénarque (1). D'après le droit existant sous Antonin le Pieux dans cette partie de l'empire, chaque ville propose annuellement pour cette charge au gouverneur de la province dix hommes pris parmi les citoyens les plus notables et celui-ci choisit parmi eux le détenteur du commandement militaire urbain (2) qui aura à sa disposition la milice locale des diogmites (3). Ces institutions ont pour but Asie Mineure. (308)

---

appartient vraisemblablement à la même catégorie. L'inscription de Saepinum (*C. I. L.*, IX, 2438) mentionne des *stationes* du même genre établies par une communauté ; en effet, la plainte proprement dite étant uniquement dirigée contre les magistrats de Saepinum et de Bovianum, les *stationarii* mentionnés dans l'annexe ont dû dépendre de ceux-ci. De même, les *stationarii* mentionnés par Paul (*Dig.*, 11, 44) à propos de l'arrestation d'esclaves fugitifs, ont dû être des autorités municipales, comme les *limenarchae* qui sont cités à côté d'eux. Il est également permis de rappeler les *servi stationarii* de l'inscription espagnole (*C. I. L.*, II, 2011). La dénomination ne se restreint même pas à des postes militaires, elle est d'une application générale (*C. Th.*, 4, 12, 3. 16, 2, 31. *C. Just.*, 12, 1, 6 : *deformis ministerii stationarii*).

(1) Marcien (début du IIIe siècle), *Dig.*, 48, 3, 6, 1 : *irenarchae cum apprehenderint latrones*. L'irénarchie, charge municipale considérée vers le milieu de l'époque impériale, a passé plus tard à des personnes de condition inférieure et a perdu ainsi de son prestige (*C. Th*, 12, 14, 1). Cela s'est produit, semble-t-il, par suite de la généralisation de la compétence des irénarques (Charisius sous Constantin *Dig.*, 50, 4, 18, 7 : *irenarchae... disciplinae publicae et corrigendis moribus praeficiuntur*). Ceux-ci ont subsisté en Orient (*C. Th.*, 8, 7, 21. 10, 1, 17. 11, 24, 6, 7. 12, 14, 1, modifié = *C. Just.*, 10, 77, 1), mais après la création des *defensores civitatis* leur compétence a été transportée en très grande partie à ces derniers et ils n'ont gardé comme fonctions que les mesures à prendre contre les brigands (*C. Th.*, 1, 29, 2 = *C. Just.*, 1, 55, 6).

2. Aristide, ἱερ. λογ. δ' p. 523. Dindorff. Il est indubitable que cette charge n'a pas eu un caractère provincial, mais un caractère municipal. De même chez Aristide, on ne choisit pas parmi les dix hommes proposés par chaque ville un irénarque pour la province, mais un irénarque pour chaque ville ; Aristide se plaint entre autres choses d'avoir été mis sur la liste, non pas du moins par Smyrne, mais par une petite ville de la province. Hirschfeld est d'un autre avis (*Berl. Sitz. — Ber.*, 1891, p. 869 sv.) ; son article nous donne du reste un exposé complet de la question.

(3) Les diogmites de l'Asie mineure sont des miliciens d'ordre inférieur, en partie des affranchis ou même des esclaves qui ne sont pas munis d'un équipement militaire complet (*semiermes*, Ammien 27, 9, 6), mais ont reçu une éducation militaire. Lorsque l'empereur Marc Aurèle les incorpora dans l'armée pour la guerre des Marcomans — un Asiatique de distinction lui fournit pour cela un σύμμαχος διωγμίτης (*C. I. Gr.*, 3831 a 8)

non seulement de réprimer le brigandage, mais aussi d'empêcher la formation des sectes et cette police locale a vraisemblablement eu une large part dans les poursuites et les arrestations en masse des chrétiens (1).

(309) Le fonctionnement du service municipal de sûreté.

Sous la République et au début de l'Empire, le service municipal de sûreté est lié au pouvoir répressif municipal et en dépend ; mais lorsque ce dernier fut restreint, puis supprimé, le premier resta aux autorités municipales. La procédure suivie dans le fonctionnement de ce service de sûreté ressort en principe de ce que nous avons déjà dit. Les autorités municipales ont le droit de citer les individus suspects et de les interroger (2), elles peuvent provoquer des recherches dans ce but, faire subir à ceux qui sont arrêtés un interrogatoire provisoire (3), et même procéder à ce dernier avec application de la torture, s'il s'agit d'esclaves (4). Si à la suite d'une ins-

— il leur donna des armes (*Vit.*, 21 *armavit et diogmitas*). Il est clairement parlé de ces diogmites à propos de l'arrestation de l'évêque Polycarpe de Smyrne (*Martyr. Polycarpi*, c. 6. 7) : l'irénarque envoie sa troupe pour cette opération, ἐξῆλθον διωγμῖται καὶ ἱππεῖς (volontaires des meilleures classes, comme le montre ensuite leur repentir) μετὰ τῶν συνηθῶν αὐτοῖς ὅπλων. Dans les actes de Pionius sous Décius ils apparaissent (c. 15) comme policiers faisant partie de la suite de l'hipparque et jouant un rôle dans les procès des chrétiens.

(1) Pline, *Ad Traj.*, 96, ne désigne pas d'une manière plus précise les dénonciateurs des chrétiens. Les martyrs de Lyon après avoir subi un interrogatoire, sont mis en prison par le tribun et les autorités municipales et y attendent le jugement du gouverneur (Eusèbe, 5, 1, 8). L'arrestation de Polycarpe émane de ce dernier (p. 361 n. 3).

(2) C'est ce que montre de la manière la plus claire le récit de l'histoire des apôtres (16, 15 sv.) sur l'arrestation de Paul à Philippes à l'occasion des troubles qu'il y provoque et sur sa comparution devant l'autorité locale. La flagellation et l'arrestation ne donnent lieu à des critiques que parce que le citoyen romain ne peut-être soumis ni à l'une ni à l'autre ; par contre l'interdiction du territoire lui est applicable. De même, les esclaves, qui cherchent protection contre leurs maîtres auprès de la statue de l'empereur sont conduits devant l'autorité du lieu (Pline, *Ad Traj.*, 94).

(3) Marcien (p. 361 n. 1) donne aux irénarques le droit, *cum apprehenderint latrones, ut interrogent eos de sociis et receptatoribus.*

(4) Dans les recherches faites contre Polycarpe (p. 361 n 3) on interroge ses esclaves en les soumettant à la torture pour obtenir d'eux l'indication du lieu où séjourne leur maître. L'esclave d'un individu soupçonné de vol est jeté en prison par l'autorité du lieu et interrogé de la même manière (Apulée, *Met.*, 7, 2 p. 448). Cpr. *Dig.*, 2, 1, 12.

truction de ce genre il y a lieu d'exercer une poursuite criminelle contre certaines personnes, c'est à l'autorité municipale qu'incombe le soin de les faire arrêter (1). Lorsque les magistrats des cités eurent perdu leur pouvoir pénal propre, ils durent assurer l'envoi des accusés à l'autorité compétente (2) en indiquant les résultats des débats antérieurs (3) et en mettant les inculpés sous escorte convenable (4). Cette procédure peut aboutir à un procès avec accusation ; dans ce cas, il y a lieu d'envoyer l'accusateur en même temps que l'accusé (310)
au tribunal compétent (5) ; mais évidemment, si aucun accusateur ne se présente, l'affaire est expédiée par voie de cognition (6). — Abstraction faite des prisons militaires dont il sera question plus loin, il n'y a pas eu dans l'empire romain d'autres prisons que celles si souvent mentionnées des villes (7).

---

(1) *Dig.*, 48, 3, 10 défend aux autorités locales de relâcher trop tôt les détenus. Cpr. la Section relative à la citation.

(2) Marcien, (p. 361 n. 1) désigne ces individus comme *quasi damnati*, mais la procédure doit avoir lieu *ex integro* pour eux devant le gouverneur. Justinien (*Nov.*, 15, 6, 1) a au contraire attribué au *defensor* un pouvoir répressif restreint.

(3) Marcien, *loc. cit.* En cas d'arrestation par l'irénarque, on peut envoyer celui-ci personnellement au gouverneur ou on peut transmettre à ce dernier l'*elogium* de l'irénarque, c'est-à-dire la requête qu'il a adressée à l'autorité locale à propos de l'affaire et en même temps le procès-verbal de l'interrogatoire (*interrogationes litteris inclusae atque obsignatae*).

(4) Ce sont les *prosecutores* (*Dig.*, 48, 3, 7. *Passio Perpetuae*, c. 3 : *cum adhuc cum prosecutoribus essemus*. Edit impérial du IIIe siècle : *Hermes*, 32, 633) ou *executores* (*C. Th.*, 13, 5, 38). Les *agentes in rebus* impériaux se chargent aussi de cet office (Symmaque, *Ep.*, 10, 38, 4 : *Venantium, quem officiorum magister jusserat exhiberi, censui agenti in rebus Decentio, quo prosequente venerat, esse reddendum*).

(5) *C. Th.*, 9, 2, 5. 6.

(6) Ces requêtes des magistrats municipaux rentrent dans la catégorie des dénonciations d'office (p. n.). Ces magistrats sont punis, s'ils font par malveillance de faux rapports ; mais ils ne sont pas obligés de faire une accusation formelle (Marcien, *loc. cit.*).

(7) Trajan (Pline, *Ep.*, 19. 20) permet en Bithynie d'utiliser suivant l'usage du pays, pour le service des prisons, des esclaves de la communauté (*servi publici*) au lieu de soldats. De même, on voit apparaître chez Ulpien, *Dig.*, 4, 6, 10, à côté des soldats (*milites statoresque*) les *ministeria municipalia*, chez Callistrate (*Dig.*, 48, 3, 12, 1) les *pagani*. Il suffit de rappeler les récits chrétiens de l'histoire des apôtres et les actes des martyrs. — Lorsque les prisons ne suffisent pas, on se sert des maisons privées (Ammien 29, 1, 13).

Mais il incombe au gouverneur, quand il parcourt sa province, d'inspecter les prisons et de se faire amener les prisonniers (1) ; à l'époque postérieure, les ecclésiastiques reçoivent aussi l'ordre de s'intéresser aux prisonniers (2). Quelles que soient les critiques que l'on puisse toujours adresser à ce fonctionnement du service de sûreté, il est en tout cas vraisemblable que le système assez satisfaisant, en vigueur dans l'immense empire pendant les meilleures époques du Principat, doit être moins attribué aux mesures prises par l'autorité militaire qu'à celles provenant de l'autonomie municipale.

(311) Postes militaires de sûreté sous le Principat.

5. Au point de vue militaire, on n'a rien fait sous la République et on a fait relativement peu de chose sous le Principat pour assurer la tranquillité publique dans la capitale et dans l'empire. La constitution exclut de la ville de Rome toute organisation militaire et la conséquence en a été, comme nous l'avons déja fait remarquer, que le gouvernement de la République n'a jamais été en état de rendre sûre la prison publique de Rome. Le Principat a immédiatement opéré ici des changements en créant, à l'exemple de ce qui existait à Alexandrie, semble-t-il, un corps de pompiers avec service de nuit permanent, et en garnissant, en outre, la capitale d'un nombre considérable de corps de troupes parmi lesquels il faut surtout tenir compte pour le service de sûreté, en dehors du corps des pompiers, des cohortes urbaines, troupe de 3.000 et plus tard de 4.500 hommes placée sous le commandement du

A Rome.

(1) Modestin, *Dig.*, 48, 1, 12, 1 : *custodias* (les prisonniers) *auditurus tam clarissimos viros quam patronos causarum omnes, si* (ms. : *si omnes*) *in civitate provinciae, quam regit, agunt, adhibere debet.* Ulpien, *Dig.*, 1, 16, 6, *pr.* : *solent* (*proconsules*) *etiam custodiarum cognitionem mandare legatis.* C'est l'ἀνάκρισις, *Dig.*, 48, 3, 6, 1 ; elle se rapporte tout au moins principalement aux prisons urbaines (*Dig.*, 48, 3, 10. *C. Th.*, 9, 2, 5 et ailleurs). D'après une constitution de 380 (*C. Th.*, 9, 3, 6) le *commentariensis* (cpr. *C. Th.*, 8, 15, 5, 1. 9, 3, 5. 7) doit présenter chaque mois au gouverneur une liste des détenus. D'après une autre constitution de 400 (*C. Th.*, 9, 3, 7 = *C. Just.*, 1, 4, 9), ces détenus doivent même être présentés chaque dimanche au gouverneur, en supposant bien entendu que ce dernier séjourne dans la ville en question.

(2) *Const. Sirm.*, 13. *C. Th.*, 9, 3, 7 (= *C. Just.*, 1, 4, 9). *C. Just.*, 1, 4, 22, 1. 9, 4, 6.

nouveau préfet de la ville et dont les postes de garde étaient répartis dans toute la cité (1). La réunion du service de sûreté au pouvoir répressif et au commandement militaire dans les fonctions déjà mentionnées du préfet de la ville (p. 318) et du préfet des vigiles (p. 321 n. 4 et 5) donnait en théorie, sinon en pratique, satisfaction aux besoins existants (2). Il n'est pas douteux que toutes les mesures actives de police, notamment même celles de la police des mœurs, aient été exécutées par les militaires à la disposition du préfet de la ville, quoique nous n'ayons pas de renseignements détaillés sur le fonctionnement de ce service. — Abstraction faite de la ville de Rome, l'armée permanente de l'Empire a eu pour fonction essentielle la défense des frontières et, pour elle, le service à l'intérieur du pays n'a jamais eu qu'une importance accessoire sans qu'on l'ait cependant complètement négligé. C'est peut-être pour l'Italie qu'il y a eu le moins d'institutions durables de ce genre (3).

En Italie et dans les provinces.

Dans les gouvernements de province, en supposant qu'ils comportent en même temps un commandement d'armée, les troupes y ont été naturellement utilisées pour le service de sûreté. (312) Dans les autres gouvernements de province qui ne comprennent pas un tel commandement, d'autres organisations ont été établies. On a donné au moins aux deux grands centres de Lyon en Gaule et de Carthage en Afrique, sous une forme

---

(1) Ulpien, *Dig.*, 1, 12, 1, 12 : (*praefectus urbi*) *debet etiam dispositos milites stationarios habere ad tuendam popularium quietem et ad referendum sibi, quid ubi agatur.* Postes militaires auprès des temples (souvent utilisés pour les dépôts d'argent) : Tertullien, *Apol.*, 29, *De Corona*, 11 ; Arnobe, 6, 20.

(2) D'après Juvénal, *Sat.*, 3, 305, les rues de la capitale étaient parfois aussi peu sûres que les pires repaires de bandits. Toutefois on peut jusqu'à un certain point en dire autant de toute grande ville.

(3) Cpr. *St. R.*, 2, 1075 [*Dr. publ.*. 5, 379, 380] et en outre Dion, 76, 10. Nos renseignements ne vont pas au delà de quelques détails isolés qui nous sont rapportés par hasard. Abstraction faite des camps maritimes et des garnisons des grands ports d'Ostie et de Pouzzoles, il y a sans doute eu en Italie aux plus mauvais endroits des postes militaires permanents ; car Suétone, *Tib.*, 37, parle d'un renforcement de ces postes (*stationes militum solito frequentiores*) et Juvénal, *loc. cit.*, fait allusion à l'*armatus custos* des marais pontins et de la région de Cumes. Mais le peu d'importance de ces postes ressort nettement de l'absence totale d'inscriptions les concernant.

quelconque, des garnisons permanentes calquées sur la garnison urbaine de Rome. En outre, on a établi à travers tout l'empire dans les localités les plus fréquentées, sur l'ordre non pas des différents gouverneurs de province mais du gouvernement central, des postes militaires placés sous le commandement d'un officier subalterne allant jusqu'au grade de centurion (1). Les gouverneurs, qui avaient du reste le droit de

Postes militaires.

(313) s'adjoindre leurs provinciaux en cas de nécessité, reçurent des empereurs l'ordre d'entreprendre, autant que cela était

---

(1) Tertullien, *Apol.*, 2: *latronibus vestigandis per universas provincias militaris statio sortitur*. Les paroles d'Ulpien, *Dig.*, 5, 1, 61, 1 : *latrunculator de re pecuniaria* (vraisemblablement prestation d'indemnité) *judicare non potest*, se rapportent probablement à ces commandants de postes, puisqu'on suppose manifestement ici une organisation générale et un fonctionnaire avec compétence spéciale. Rentrent dans cette catégorie : le centurion de légion fixé à Byzance et mentionné par Pline (*Ad Traj.*, 97. 98) qui sollicite en vain de l'empereur l'établissement d'un fonctionnaire du même genre dans la ville de Juliopolis en Bithynie ; l'ἑκατόνταρχος ῥεγιωνάριος (non pas λεγ —) d'une inscription honorifique d'Antioche en Pisidie (Hirschfeld, *Sitz. — Ber. der Berl. Akad.*, 1891 p. 864. 1893 p. 411) ; l'ἐπὶ τῶν τόπων (ἑκατόνταρχος) auquel est adressé le papyrus égyptien, *Berl. Urk.*, 522 ; l'ἐπὶ τόπων διακείμενος (ἑκατόνταρχος [?]) du titre de Londres, *Greek Pap. of the Brit. mus.*, 2 p. 173) ; le centurion égyptien (l'addition ἐπὶ κτησ... désigne sans doute aussi ses τόποι), qui envoie à un stratège son *stationarius* et des autorités locales pour l'accomplissement d'actes officiels (Grenfell and Hunt, *Oxyrhynchos papyri*, n. 62) ; le *decanus* égyptien (p. 359, n. 4) et le στατίζων βενεφικιάριος (*loc. cit.*, n. 65) qui envoie le premier un soldat, le second son serviteur (ὑπηρέτης) à une autorité de village pour prendre possession d'un prisonnier ; le prétorien *stationarius Ephesi C. I. L.*, III, 7136 et au même endroit également le légionnaire *agens curam carceris C. I. L.*, III, 433 ; le *miles in statione Nicomedensi* chez Pline, *Ad Traj.*, 94. Autres preuves chez Hirschfeld *loc. cit.* Les lettres de Pline et l'emploi d'un prétorien dans ce but montrent que la création de ces postes émane du gouvernement central. Nous ne savons pas clairement comment ces postes étaient organisés ; un papyrus de cette sorte publié par Nicole (*Papyrus de Genève*, n. 17) est adressé au centurion ('ρ) et au *decanus* ('ι, où l'on ne peut pas penser au décurion de la cavalerie) ; celui-ci est donc vraisemblablement subordonné au premier. Ces centurions et autres gradés paraissent avoir occupé principalement des situations hors cadres. — Au IVe siècle d'après les nombreux titres de Flavius Abinnaeus (*Papyri of the British Museum*, 2, p. 270), le commandant de chaque camp statif a en Egypte la même situation que celle qui avait appartenu antérieurement au centurion ; il est, après la séparation des fonctions civiles et militaires, subordonné au *dux* chargé de trancher les affaires pénales et il ne manque pas de traces de collisions de ce fonctionnaire avec les autorités civiles (*loc. cit.*, p. 284).

nécessaire, des expéditions contre les perturbateurs de la paix publique (1); ils ont donc eu à accomplir sur une plus large échelle, au nom du gouvernement, ce qui incombait autrefois à l'irénarque. C'est par cette voie que des mesures fréquentes ont été prises contre les bandits (2). Rentrent également dans cette catégorie les poursuites religieuses exercées au nom du gouvernement d'abord contre les chrétiens (3) et plus tard contre les manichéens (4) et les hérétiques.

S'il est impossible, quand on s'occupe du service de sûreté, d'exposer d'une manière suffisante le rôle militaire des troupes romaines, on peut du moins dégager quelques indications générales sur leur utilisation en droit pénal. A Carthage et certainement dans tous les grands centres, les gouverneurs ont tenu, par l'intermédiaire des officiers et des subalternes militaires à leur disposition et sans doute sous l'influence de la procédure qu'on suppose avoir été suivie par les préfets de la ville, des listes d'individus mal famés (5). Celles ci ont joué

Compétence des commandants de postes.

(1) Marcien, *Dig.*, 48, 13, 4, 2 et, presque dans les mêmes termes, Ulpien, *Dig.*, 1, 18, 13, *pr.* : *mandatis... cavetur... ut praesides sacrilegos* (= ceux qui volent dans les temples) *latrones plagiarios* (Ulpien ajoute *fures) conquirant et ut, prout quisque deliquerit, in eum animadvertant;* Ulpien ajoute : *debet receptores eorum coercere, sine quibus latro diutius latere non potest.* Honorius, *Cod. Th.*, 2, 1, 11. Justinien, *Nov.*, 8, c. 12. 13. *Nov.*, 128, 21. Cet empereur met dans ce but les troupes de la province à la disposition du gouverneur, mais il lui défend en même temps tout autre envoi d'expéditions de ce genre (ληστοδιώκτας ἢ... βιοκωλύτας... ἢ ἀφοπλιστὰς ἐκπέμπειν).

(2) Hippolyte, *In Dan.*, 4, 18, p. 232, ed. Bonwetsch, dit des compagnons qui errent à travers les montagnes dans l'attente du Christ : μικροῦ δεῖν ὡς λῃστὰς αὐτοὺς συλληφθέντας πάντας ὑπὸ τοῦ ἡγεμόνος ἀναιρεθῆναι.

(3) C'est ce que Trajan interdit à Pline au regard des chrétiens : *conquirendi non sunt*, ce que Tertullien commente, *Apol.*, 2. A l'inverse les chrétiens disent d'un gouverneur sous Marc Aurèle (Eusèbe, H. e., 5, 1, 14) : δημοσίᾳ ἐκέλευσεν ὁ ἡγεμὼν ἀναζητεῖσθαι πάντας ἡμᾶς.

(4) En 382 (*C. Th*, 16, 5, 9) et de nouveau en 399 (*C. Th.*, 16, 5, 35) le *praefectus praetorio* reçoit l'ordre d'envoyer des *inquisitores* contre les manichéens. Le même fait se reproduit fréquemment à l'époque postérieure; cpr. au Liv. IV la Section sur l'hérésie.

(5) Tertullien, *Defug.*, 13 : *inmatricibus* (sans doute dans les carthaginoises) *beneficiariorum et curiosorum inter tabernarios et janeos* (à changer sans doute en *lanios* = *macellarios, cuppedinarios*) *et fures balnearum et aleones et lenones christiani quoque vectigales* (dont le silence a été acheté) *continentur.* Parmi ces subalternes militaires les *beneficiarii* sont fréquemment

un rôle considérable, notamment pour les répressions d'office.

(314) Les documents égyptiens (1) ont montré que dans ce pays les affaires pénales de moindre importance (2) pouvaient donner lieu à une procédure extraordinaire devant le commandant de poste déjà mentionné (3). A côté de celle-ci subsiste la procédure ordinaire devant le stratège du nomos et les autorités supérieures, de même qu'à Rome on trouve à côté du procès criminel ordinaire une procédure devant les deux préfets. Selon toute apparence, ce commandant a un pouvoir propre de juger après procédure sommaire et un pouvoir propre de punir (4).

---

utilisés pour des postes isolés. Les *curiosi* ne sont pas ceux que nous rencontrons postérieurement à Contantin et qui sont soumis au *magister officiorum*, ils s'identifient plutôt avec les *curatores* employés dans différentes sections de cavalerie (Cauer, *Eph. epigr.*, 4, 435) et de même que les *beneficiarii* ils sont des gradés utilisés hors rang.

(1) Mitteis dans *Hermes*, 30, 567 sv. Le plus ancien que j'ai rencontré est la requête à Anicius Petronianus δεκάταρχος de 148 (Grenfell, *an Alexandrian erotic fragment* n. 47); cependant, d'après les lettres de Pline, cette institution remonte certainement au premier siècle et peut bien, quant à ses traits principaux, être aussi vieille que l'armée permanente.

(2) Ces fonctionnaires peuvent bien aussi provoquer d'office une inquisition à raison de délits commis (une tentative d'effraction est dans le titre de Berlin n. 275 annoncée au centurion par le maître de maison intéressé πρὸς τὸ μηδεμίαν ζήτησιν πρὸς ἐμὲ εἶναι); on rencontre assez fréquemment des dénonciations de cas de ce genre. Les requêtes de cette sorte qui me sont connues visent des dommages causés à la propriété, des voies de fait, des perturbations de la tranquillité publique; les affaires civiles et criminelles ne sont pas ici plus qu'ailleurs rigoureusement distinguées au point de vue de la compétence. Mais on ne trouve ici ni cas criminels graves, ni actions civiles ordinaires.

(3) Deux requêtes conçues en termes identiques, même jusqu'aux suscriptions (*Berl. äg. Urk.*, 321, 322) sont, à l'occasion d'une créance d'indemnité résultant d'un vol de céréales avoué, adressées, l'une au stratège avec prière de l'enregistrer dans la liste (des procès en cours), l'autre au centurion avec prière de citer l'accusé et de faire obtenir au requérant l'indemnité réclamée. C'est tout à fait de la même manière que, pour Rome, Julien (*Dig.*, 47, 2, 57, 1) donne au volé le choix entre l'action de vol ordinaire avec accusation et l'action devant le *praefectus vigilum*; celui qui choisit l'une renonce du même coup à l'autre, ce qui prouve donc que cette dernière est également reconnue comme une action pénale proprement dite. D'après la correspondance d'Abinnaeus, des affaires pénales de ce genre sont portées au *dux*, elles font donc l'objet d'une procédure militaire.

(4) La requête citée n. 3 montre clairement que le centurion auquel la requête est adressée a le droit de trancher l'affaire définitivement et que le pouvoir de juridiction ne doit donc pas lui être refusé, comme le fait

Dans tous ces cas, tant dans les inquisitions des gouverneurs de province contre certaines catégories de délinquants que dans (315) les plaintes portées aux commandants de postes, le procès avec accusation est d'une application restreinte (1) et la dénonciation d'office est ordinairement traitée par voie de cognition (2).

Mitteis (*loc. cit.*, p. 570). Sans doute, il est possible que la condamnation de ce centurion, comme celle du *praefectus vigilum*, contienne uniquement un simple ordre de restituer la chose et un avertissement d'avoir à ne pas recommencer; il est, en effet, certain que les peines graves qui ne peuvent être prononcées par le préfet le sont encore moins par le commandant de poste. On rencontre ici comme pour la comparution devant le tribunal ordinaire une garantie donnée par serment qu'une personne déterminée comparaîtra devant le centurion (Grenfell and Hunt, *Papyri*, 2 n. 62). Une constitution de Dioclétien (*Cod.*, 9, 2, 8 : *si quis se injuriam ab aliquo passum putaverit et querellam deferre voluerit, non ad stationarios decurrat, sed praesidalem adeat potestatem aut libellos offerens aut querellas suas apud acta deponens* interdit au commandant de poste non pas de juger mais de faire les actes introductifs de l'instance pénale ordinaire, de même qu'il n'a pas à juger dans les affaires civiles, si c'est avec raison que nous l'identifions avec le *latrunculator* (p. 366 n. 1).

(1) Tertullien, *Ad Scap.*, 4 : (*Valerius*) *Prudens* (proconsul d'Afrique) *missum ad se Christianum in elogio concussione ejus intellecta* (= après qu'il se fût convaincu de la fausseté de l'accusation) *dimisit scisso eodem elogio sine accusatione negans se auditurum hominem secundum mandatum* (conformément à l'instruction impériale). Symmaque, *Ep.*, 10, 49, demande à l'empereur, si un *agens in rebus* qui a intenté un procès de violence et y a succombé doit obtenir, par considération pour sa *militia*, remise de la peine de *calumnia* qu'il a encourue d'après la rigueur des lois.

(2) Paul, *Dig.*, 48, 18, 22 : *qui sine accusatoribus in custodiam recepti sunt, quaestio de his habenda non est, nisi si aliquibus suspicionibus urgueantur.* Gordien, *Cod.*, 9, 2, 7 : *ea quidem quae per officium praesidibus nuntiantur, et citra sollemnia accusationum posse perpendi incognitum non est* : *verum falsis necne notoriis insimulatus sit, perpenso judicio* (mieux *indicio*) *dispici debet.* Augustin (*Ep.*, 133. 134) intercède auprès du proconsul d'Afrique et d'un *tribunus et notarius*, délégué du premier dans ce procès, en faveur des hérétiques d'Hippone qui leur ont été livrés, *quamvis ab eorum interitu dissimulare possemus* (= quoique leur exécution ne nous intéresse pas à proprement parler), *qui non accusantibus nostris, sed illorum notoria, ad quos tuendae publicae pacis vigilantia pertinebat, praesentati videantur examini.* Paul, *Dig.*, 48, 16, 6, 3 : *nuntiatores qui per notoriam indicia produnt, notoriis suis adsistere jubentur. Cod. Theod.*, 6, 29, 1 (= *C. Just.*, 12, 22, 1). 8, 8, 9. 9, 3, 1 (= *C. Just.*, 9, 4, 1) : *in quacumque causa reo exhibito, sive accusator existat sive eum publicae sollicitudinis cura perduxerit* (*produxerit* : *C. Just.*), *statim debet quaestio fieri, ut noxius puniatur, innocens absolvatur.* 9, 9, 1 (*C. Just.*, 9, 11, 1). 9, 17, 4 (= *C. Just.*, 9, 19, 4). 13, 5, 38. 16, 2. 31 : *notoriis apparitorum, quos stationarios appellant. Nov. Just.*, 15, 6, 1. Les gloses (2 p. 371 Götz) expliquent *notoria* par μήνυσις.

Détention militaire.

C'est surtout dans l'organisation du service des prisons que le régime militaire qui s'installe à Rome avec le Principat a trouvé son expression. La cour impériale elle-même était avant tout un quartier général et des prisonniers pouvaient y être détenus (1), c'était même une des obligations de l'empereur,
(316) comme c'était une de celles du gouverneur de province, de se faire présenter de temps à autre ces prisonniers (2). On cite parmi les *officiales* du préfet de la ville (3) et du préfet des vigiles (4) des subalternes qui fonctionnent comme surveillants de prison. Ces préfets ont dirigé le service des prisons à Rome dans la mesure où celui-ci se rattachait à la police de la capitale. Quant aux inculpés envoyés des provinces à Rome pour y être jugés par le tribunal impérial, leur transport et leur surveillance incombaient vraisemblablement en première ligne aux détachements des légions réunis dans les *castra peregrina* de la capitale (5); ces détachements eux-

---

(1) Le tableau vivant de la détention à la cour impériale que nous donne Josèphe, 18, 6, 7 = 195 — 204, nous montre les prisonniers qui sont détenus à la cour, incarcérés et enchaînés, mais pouvant dans la mesure où la garde le leur permet communiquer entre eux sous la surveillance de soldats. Des Arméniens notables, convaincus de haute trahison, sont détenus d'une façon analogue dans le palais de Justinien (Procope, *B. Goth.*, 3, 32 : οὐ ξὺν ἀτιμίᾳ ἐν φυλακῇ... ἐν παλατίῳ μέντοι, οὐκ ἐν τῷ δημοσίῳ οἰκήματι). — Lorsque des arrestations ont lieu dans des procès criminels intentés devant l'empereur ou le Sénat, les détenus sont immédiatement confiés à la garde de l'une ou de l'autre de ces autorités suprêmes. Ainsi s'explique sans doute que des esclaves arrêtés dans un procès de ce genre sont pour la torture transmis de la *custodia militaris* aux consuls (Tacite, *Ann.*, 3, 22).

(2) Suétone, *Tib.*, 61 : *in recognoscendis custodiis.*

(3) Parmi les subalternes des *cohortes urbanae* on nomme maintes fois l'*optio carceris* (*C. I. L.*, VI, 531. IX, 1617. Henzen 6808). Le *carcer castrensis* de l'astrologue chez Juvénal 6, 561 peut bien s'entendre de cette prison.

(4) Parmi les subalternes du *praefectus vigilum* apparaît également l'*optio carceris* (*C. I. L.*, VI, 2406) de même que le *karcerarius* (*C. I. L.*, VI, 1057, 7, 4. 1058, 3, 7).

(5) C'est ce que montre l'histoire des apôtres, 28, 16, d'après le texte secondaire; cpr. mon exposé sur le *princeps peregrinorum* = στρατοπεδάρχης dans les *Sitz. Ber. der Berliner Akademie*, 1895, p. 491-503. La preuve que le soin de faire parvenir à Rome les accusés désignés pour cette ville incombe surtout à ces détachements résulte de la situation même de ces inculpés et de cette troupe ; cette affirmation est rendue encore plus vraisemblable par les explications que j'ai données *loc. cit.* Le fait que les *sta-*

mêmes étaient sous l'autorité des commandants militaires de Rome, c'est-à-dire des préfets du prétoire. Ces préfets, qui au point de vue de la justice militaire ont tout d'abord sous leurs ordres la section des *statores* (1) et les *evocati* (2), ont sans doute aussi dirigé en dernier ressort le service des prisons de la (317) capitale (3). — En dehors de Rome, tout commandement militaire quelque peu indépendant a eu, comme nous l'avons déjà indiqué, un règlement d'arrestation qui ne s'appliquait pas exclusivement aux délits militaires mais qui s'étendait aussi à l'application de la justice pénale aux civils; les preuves directes en ce sens ne nous font pas défaut (4). — Ajoutez enfin qu'on adjoint extraordinairement, mais non rarement pour les personnes de distinction, des gardiens militaires à ceux qui sont en détention préventive et aux condamnés (5). — C'est ainsi que la détention militaire se déve-

---

tiones de cette troupe se trouvent auprès d'Osties et sur la route de Pouzzoles à Rome (Marquardt, *Handb.* 2² p. 492 [*Manuel des Antiq. Rom.*, t. XI, p. 220]) se lie probablement au service du transport des prisonniers. L'emploi du *frumentarius* dans la province pour les arrestations (Eusèbe, *H. e.*, 6, 40 ; Cyprien, *Ep.*, 81, d'après une correction vraisemblable; Marquardt, *loc. cit.* p. 493 [*Manuel*, XI, p. 221], peut à juste titre être rattaché au service des transports.

(1) Sur les deux centuries des *statores* impériaux, cpr. *Dig.*, 4, 6, 10. Marquardt, *Handb.*, 5, 481 [*Manuel*, XI, 206]. Chez les prétoriens mêmes nous ne rencontrons pas de subalternes chargés du service des prisons et ce silence des sources n'est peut-être pas le résultat d'un hasard.

(2) Cpr. la remarque suivante. Dans le procès capital mentionné p. 310 n. 1 celui qui a été condamné par l'empereur est conduit à l'exécution par un *evocatus*.

(3) L'inscription *C. I. L.*, XI, 6343 = Orelli, 3206, nomme un *beneficiarius Getae* (vraisemblablement *praef. praet.*) *ab commentaris custodiarum*; une autre inscription, *C. I. L.*, XI, 19, nomme un *evocatus a comment. cust.* Celui-ci a donc à remplir à Rome le rôle joué par le *commentariensis* auprès du gouverneur de province (p. 364 n. 2) et à Rome par l'empereur lui-même (p. 370 n. 2) ou à sa place par le commandant de la garde.

(4) Nous avons déjà mentionné le légionnaire *agens curam carceris* à Ephèse (p. 366 n. 1). La martyre Perpétue et ses compagnons sont transférés de la prison municipale de Carthage dans le *carcer castrensis* (cpr. c. 9 : *Pudens miles optio praepositus carceris*), parce qu'ils doivent être jetés aux bêtes *munere castrensi* (Passion de Perpétue, c. 7).

(5) C'est ainsi que l'épouse de Néron est retenue prisonnière en Campanie *addita militari custodia* (Tacite, *Ann.*, 14, 60). Cas semblables dans Suétone, *Aug*,, 65. Tacite, *Ann.*, 2, 68 (cpr. 58). Dion, 55, 20. 59. 8.

loppa à côté de la détention civile. Elle se rapprochait, quant à son domaine d'application et à sa valeur pratique, de la détention libre (1); elle était moins pénible et nullement déshonorante. Il n'était pas rare qu'elle prît la forme d'un internement sous la surveillance d'un seul soldat (2). L'évasion était punie comme crime capital (3).

(318) Utilisation des soldats pour le service de police.

6. Il n'y a eu à aucune époque à Rome de police politique, si l'on entend par là une catégorie déterminée d'*officiales* à la disposition du gouvernement central pour la police et la politique. Sans doute, il va de soi et nous avons maintes preuves que, pour des enquêtes et des indications en pareille matière, on s'est fréquemment servi et on a même souvent abusé sous le Principat des soldats qui se distinguaient par leur intelligence et la confiance qu'on pouvait leur accorder, surtout parmi ceux des troupes en résidence dans la capitale; mais les prétoriens à cheval, les *speculatores*, ne sont jamais appelés espions politiques, ils sont qualifiés d'émissaires militaires, comme le seront les *exploratores* de l'époque postérieure (4).

---

(1) Constantin (*C. Th.*, 11, 7, 3 = *C. Just.*, 10, 19, 2) oppose au *carcer hominum nosciorum* l'*aperta et libera et in usus hominum constituta custodia militaris*. Jérome, *Contra Vigilantium*, 6 (vol. 2 p. 392 Vall.) : *senatoriae videlicet dignitatis sunt et non inter homicidas teterrimo carcere, sed in libera honestaque custodia recludantur*. Symmaque, *Ep.*, 16, 49 : *reos* (deux sénateurs) *custodia militari... circumdedit*. Stilichon est détenu ἐν ἀδέσμῳ φυλακῇ (Zosime, 5, 34, 2).

(2) C'est le *militi tradere* ou *committere* par opposition au *carcer* ou aux *vincula* : *Dig.*, 2, 11, 4, 1. 48, 3, 1. 1. 3. Le papyrus de Berlin n. 151 nomme aussi un ὑπό στρατιώτην ὄντα. Il faut entendre de la même façon la remise à un tribun des prétoriens de l'empoisonneuse Lacuste après sa condamnation (Tacite, *Ann.*, 13, 15). Il est dit (*Act.*, 28, 16) de l'apôtre Paul, envoyé à Rome comme détenu à titre préventif : ἐπέτραπη τῷ Παύλῳ μένειν καθ' ἑαυτὸν σὺν τῷ φυλάσσοντι αὐτὸν στρατιώτῃ. 30 : ἔμεινεν δὲ διέτιαν ὅλην ἐν ἰδίῳ μισθώματι. C'est une question de fait que de savoir si une personne détenue de cette manière doit répondre à toute autre citation de comparaître en justice ou si son défaut est excusé (*Dig.*, 4, 6, 10. *Cod.* 2, 53, 2).

(3) *Dig.*, 47, 18, 1. Cela s'applique aussi aux soldats d'après le droit de la guerre (*Dig.*, 48, 19, 38, 11. 49, 16, 1, 13, 5). Pour la punition des fonctionnaires et des soldats qui relâchent à tort les prisonniers, cpr. Paul, 5, 31. *Dig.*, 48, 4, 4, *pr.* tit. 19, 38, 11.

(4) Lorsque le mot *speculator* est employé pour désigner un soldat, il n'a pas le mauvais sens d'espion et, lorsqu'il a ce sens, il ne désigne pas un soldat. Lorsque le futur empereur Auguste, encore triumvir, pendant

— Un certain rôle politique appartenait certainement aux centurions et aux soldats de légion déjà mentionnés à propos du transport des prisonniers (p. 370 n. 5) et dont la mission était de servir d'intermédiaires entre le gouvernement militaire central et les corps de troupes provinciaux, c'est-à-dire aux *frumentarii*, comme on les appelait à raison de l'emploi qu'on en avait fait originairement pour le service de l'approvisionnement, ou *peregrini*, comme on nommait également ces gens qui vont au dehors et en viennent (1) : ils étaient les agents tout indiqués pour faire des rapports au pouvoir central sur les événements et l'état d'esprit des troupes provinciales et (319) pour surveiller par des subalternes experts et sûrs les officiers supérieurs toujours plus ou moins suspects (2). C'est pour cela qu'en leur qualité de dénonciateurs politiques et militaires, secrets et soustraits à tout contrôle, ils étaient encore plus redoutés et plus haïs que les délateurs en général (3). Sous Dio-

Frumentarii.

---

un discours fait à ses soldats en présence d'autres personnes admises à côté de ces derniers, ordonne d'égorger comme « curieux et espion », (*curiosum ac speculatorem ratus* : Suétone, *Aug.*, 27) un des assistants qui prenait des notes, cette mesure frappe un émissaire du parti républicain et non pas, comme le pense Hirschfeld (*loc. cit.*, p. 854), un espion de police en vêtements civils. Le fait que les *speculatores* de la garde étaient au début mentionnés dans les listes à côté des cohortes, tandis que plus tard ils sont cités parmi ces dernières, ne permet pas de conclure que leur situation ait diminué et qu'ils aient été écartés du service personnel de l'empereur.

(1) Chez Dion. 78, 15, ils s'appellent ἀγγελιαφόροι ; le τῶν ἀγγελιαφόρων ἡγούμενος est le *princeps peregrinorum*. Nous savons peu de choses sur le développement de cette institution et la forme qu'elle a revêtue ; quant au fond, elle doit remonter à l'établissement de l'armée permanente et du quartier général à Rome. Les détails, notamment la relation existante entre la fonction des *frumentarii* et celle des *peregrini*, ne peuvent pas être exposés en droit pénal ; j'ai donné mon opinion à cet égard dans les *Sitz. — Ber. der Berliner Akademie*, 1895, p. 495 sv.

(2) *Vita Hadriani*, 11, 4 : *erat curiosus non solum domus suae, sed etiam amicorum, ita ut per frumentarios omnia exploraret nec adverterent amici sciri ab imperatore suam vitam, priusquam ipse imperator hoc ostenderet. Vita Macrini*, 12, 4 ; *Claudii*, 7, 1. Commérage et dénonciation sont frère et sœur.

(3) Victor, *Caes.*, 39, 44 : *remoto* (sous Dioclétien) *pestilenti frumentariorum genere, quorum nunc agentes rerum simillimi sunt, qui cum ad explorandum adnuntiandumque, ecqui forte in provinciis motus existerent, instituti viderentur, compositis nefarie criminationibus injecto passim metu praecipue remotissimo cuique, cuncta foede diripiebant.*

Agentes in rebus. clétien (1), ces *officiales* ont subi des transformations et ont reçu un autre nom. Les *agentes in rebus* qui apparaissent depuis cette époque, c. à d. les exécuteurs des ordres impériaux (2) sont des soldats comme les *frumentarii* (3); mais, tandis que ces derniers étaient pris dans les différents corps de troupe et restaient soumis à leurs commandants même dans leur utilisation hors ca-
(320) dre, les *agentes*, séparés du reste de l'armée, forment une troupe indépendante pour laquelle il n'y a pas de service en cadres et uniquement utilisée pour des affaires isolées (4). La

(1) Victor (p. 373 n. 3) montre que les *frumentarii* furent supprimés par Dioclétien et prouve du même coup que cet empereur a introduit les *agentes*, sinon quant au nom, du moins en tant qu'institution ; il est, en effet, impossible de concevoir ici une suppression sans remplacement et, d'autre part, les *agentes* sont désignés comme successeurs des *frumentarii* tant par Victor lui-même que par Jérôme (*In Abdiam*, c, 1, 18 vol. 6 p. 379, Vall. : *eos quos nunc agentes in rebus vel veredarios appellant, veteres frumentarios nominabant*). De même, les dénominations des trois premières classes des *agentes* (n. 4) ne s'expliquent qu'en supposant qu'ils ont été crées par Dioclétien. Les sources juridiques mentionnent les *agentes* pour la première fois, mais comme institution déjà existante, dans une constitution de 319 (*C. Th.* 6, 35, 3 = *C. Just.*, 12, 28, 2, 3).

(2) Dans le style d'affaires de la dernière période, on distingue le fait de prendre des dispositions et celui de les exécuter sous les noms de *curare* ou *curam agere* d'une part et d'*agere* d'autre part. Cette distinction est faite de la manière la plus nette dans l'inscription d'Ostie : *Eph. ep.*, 7, p. 363. C'est pour cette même raison que dans une autre inscription (*C. I. L.* XIV, 13) les *curam agentes* sont en même temps qualifiés d'*agentes* (cpr. aussi *C. I. L.* VI, 29700). Le caractère subalterne du rôle de l'*officialis*, non du fonctionnaire, apparaît dans la dénomination même ; mais on évite ici l'emploi du mot *actor* qui s'applique surtout aux esclaves. Sous le nom de *res* on entend les affaires impériales, de même que dans l'expression *res privata* on sous entend fréquemment qu'il s'agit là des affaires de l'empereur. La dénomination grecque ἀγγελιαφόρος (Libanius, *Epitaph. in Jul.*, p. 567, Reiske ; Priscus, fr. 7, Müll.) usitée pour les *frumentarii* (p. 373 n. 1) est au fond insuffisante ; ce n'est pas la transmission de l'ordre impérial, mais l'exécution de cet ordre ou la surveillance de cette exécution, qui constitue l'élément caractéristique de cette fonction.

(3) Déjà dans la constitution de 319 (n. 1) les *agentes* sont opposés aux *palatini* sous le nom de *meritis militaribus subnixi*. Il est impossible que les *frumentarii* aient été remplacés par des *officiales* civils.

(4) Les *agentes* se divisent, comme on sait, en cinq classes (nous indiquons en outre les chiffres divisionnaires afférents à chaque classe d'après le registre de Léon (*Cod.*, 12, 20, 3.) pour un nombre total d'*agentes* de 1248) : *ducenarii* (48) — *centenarii* (200) — *biarchi* (250) — *circitores* (300) — *equites* (*veredarii* chez Jérôme, (n. 1 ; 450). Ils sont donc des ca-

direction de ces *agentes* appartient au nouveau commandant des troupes de la cour au *tribunus et magister officiorum* (1). D'autre part, tandis que les *frumentarii* étaient exclusivement affectés au service intérieur de l'armée, les *agentes* sont complètement à la disposition du pouvoir central pour l'exécution de tout ordre du gouvernement et pour la surveillance de toute affaire publique en qualité de mandataires spéciaux de l'empereur ; nous les rencontrons partout dans cette fonction pendant les siècles postérieurs (2). Ils sont employés d'une manière constante soit comme chefs de bureau des commandants de corps et des fonctionnaires civils supérieurs (3), ce qui est la généralisation et la sanction formelle du contrôle exercé en fait par les subalternes sur leurs chefs militaires, soit dans le service des postes qui est complètement transporté aux direc-

---

valiers, tandis que les *frumentarii* sont pris dans l'infanterie. Il n'est pas vraisemblable que les deux plus hautes catégories aient emprunté, comme le pense Hirschfeld (dans sa dissertation sur les *agentes*, *Sitz. — Ber. der Berl. Akad.*, 1893, p. 431), leur dénomination à l'institution absolument différente des *procuratores*. Si, au contraire, on fait remonter l'institution jusqu'à Dioclétien, comme on le doit nécessairement et comme le fait d'ailleurs Hirschfeld, on peut entendre parfaitement sous ces termes le montant des appointements calculé sur la base du système monétaire antérieur à la réforme opérée par cet empereur en cette matière. *Biarchus* est certainement la traduction de *frumentarius*. Les deux derniers termes s'expliquent d'eux-mêmes. — Selon toute apparence, cette division absolument différente du reste de l'organisation militaire est apparue tout d'abord pour les *agentes*. Elle ne s'explique qu'à leur égard, mais elle a été transportée plus tard à d'autres groupes de cavalerie.

(1) Les *agentes in rebus* sont étroitement unis au *tribunus et magister officiorum*, appelé plus tard *comes et magister officiorum* et ordinairement même simplement *magister officiorum*, et nommé pour la première fois dans une constitution de 320 (*C. Th.*, 16, 10, 1. cp. 11, 9, 1). Le *magister* prend ses *officiales* exclusivement parmi les *agentes*, ce qui n'arrive jamais ailleurs. Le terme singulier d'*adjutor*, donné à son chef de bureau (*Not. Dign.*, *Or.* 11, 41 ; *Occ.*, 9, 41 ; *C. I. L.*, VIII, 989) exprime précisément que le *magister officiorum* n'est en fait que le premier des *agentes*, ce que confirment encore les institutions des Ostrogoths. Selon toute apparence, officiers et troupes sont des institutions corrélatives qui ont été créées en même temps.

(2) Cpr. J. Godefroy sur le *C. Théod.*, 6, 27-29 ; Hirschfeld, *loc. cit.*, p. 436.

(3) J'ai traité en détail de cette institution curieuse dans mes études sur les Ostrogoths (*Neues Archiv*, 14, 415). Il est intéressant de noter ici que les *agentes* apparaissent auprès des *duces* qui datent certainement de Dioclétien.

(321) *Curiosi.* teurs des postes pris parmi eux, aux *curiosi* (1). Leur activité à ce dernier point de vue a vraisemblablement absorbé en grande partie celle des commandants de postes des siècles précédents. Toutefois la juridiction pénale des *stationarii* n'a pas, autant que nous pouvons nous en rendre compte, passé aux *curiosi* (2); en effet, depuis la réduction importante d'étendue des provinces, l'intervention des autorités militaires dans l'exercice de la justice pénale s'est fait beaucoup moins sentir qu'auparavant (3). — Cette nouvelle constitution des *agentes* (4), véritables « yeux de l'empereur » toujours présents en tout lieu, chargés de surveiller constamment les fonctionnaires en service hors de la cour, investis d'une maîtrise absolue sur le service des renseignements et susceptibles d'intervenir dans toute affaire en vertu d'une commission spéciale, caractérise plus nettement peut-être qu'aucune autre innovation le régime de Dioclétien et de Constantin; aussi,

---

(1) La subordination du *cursus publicus* aux *agentes in rebus* est expressément prouvée pour l'époque des fils de Constantin (*C. I. L.*, X, 7200). Les *stationarii* apparaissent encore dans des constitutions de 315 (*C. Th.*, 8, 5, 1 : *per stationarios et eos qui cursui publico praesunt*; *C. Th.*, 8, 4, 1 : *stationarii primipilarium*, à cause de la part que ceux-ci prennent aussi au service du *cursus* : *C. Th.*, 8, 7, 6; *C. Th.*, 8, 4, 2 = *C. Just.*, 12, 57, 1) — de 320 (*C. Th.*, 7, 20, 2, 2 : *stationarii milites cujusque loci cohortes*, à la place de ce dernier mot il faut vraisemblablement écrire *custodes*) — de 355 (*C. Th.*, 6, 29, 1 = *C. Just.*, 12, 22, 1 : *curiosi et stationarii*). Ces *stationarii* sont peut-être, étant donné l'emploi général du terme (p. 360 n. 1), les *curiosi* de l'époque postérieure. Le mot *curiosus* n'apparaît avec sa signification technique et étroite de directeur de la poste (qu'il n'a pas chez Tertullien p. 367 n. 5) pour la première fois que dans la constitution précédemment nommée de 355 (*hi quos curagendarios sive curiosos provincialium consuetudo appellat*). On peut croire et Pline (p. 366 n. 1) indique même que les commandants de postes militaires de la première période de l'empire devaient assurer le service des postes; il est donc vraisemblable que ce rôle a passé dès le début aux *agentes*.

(2) Les titres d'Abinnaeus (p. 359 n. 4) montrent que les empiètements de l'autorité militaire dans l'administration de la justice pénale n'ont pas cessé, même à l'époque postérieure.

(3) On peut rattacher à cet ordre d'idées l'interdiction expresse faite aux fonctionnaires de la poste d'intervenir dans la justice criminelle autrement que par voie de dénonciation (*C. Th.*, 8, 4, 2 = *C. Just.*, 12, 57, 1, de 315; *C. Th.*, 6, 29, 1 = *C. Just.*, 12, 22, 1 de 355; *C. Th.*, 6, 29, 8 = *C. Just.*, 12, 22, 4 de 395).

(4) Libanius, *Epitaph. Jul.*, p. 568, Reiske.

lorsque l'empereur Julien rompit avec ce régime, toute l'institution fut-elle supprimée (1). Elle fut restaurée immédiatement après la mort de cet empereur. Elle ne peut être rangée ni parmi les institutions de police ni surtout parmi
celles de la police de sûreté; elle est bien plutôt par essence (322)
l'intervention directe du pouvoir central au moyen d'agents subalternes dans toutes les fonctions publiques. Nous n'avions toutefois pas le droit de la laisser complètement de côté; les *agentes* ont naturellement le devoir, lorsque l'occasion s'en présente, de faire une dénonciation d'ordre pénal et il en est évidemment résulté que, sous des souverains comme Constance II, le système de délation des *frumentarii* s'est renouvelé avec tous ses excès graves sur une base plus large et plus sûre (2).

---

(1) Libanius, *loc. cit.*, p. 569. *C. Th.*, 6, 27, 2. La chose était certainement possible : il supprima le monopole vexatoire de la poste impériale, fit régner dans les bureaux des fonctionnaires le système de l'avancement à l'intérieur du bureau et supprima les missions extraordinaires.

(2) Le tableau que nous donne Libanius (*loc. cit.*) de la manière dont les *agentes* faisaient des affaires et battaient monnaie avec les dénonciations pour crimes de lèse-majesté, n'est certainement pas exagéré et est confirmé par ailleurs (*C. Th.*, 2, 1, 3; Ammien 16, 5, 11). Mais ni les sources juridiques ni les témoignages historiques n'indiquent que ces *agentes* ont eu légalement une situation spéciale dans la procédure pénale; il est à remarquer qu'ils sont même amenés comme dénonciateurs à prendre le rôle dangereux d'accusateurs (p. 369 n. 1)

(323)

SECTION XIII

MOYENS DE CONTRAINTE POUR L'INTRODUCTION ET LA MARCHE DE L'INSTANCE PÉNALE

Les moyens de contrainte de la procédure pénale.

Une étroite parenté relie les mesures prises pour la sécurité publique aux moyens de contrainte que l'État met à la disposition du magistrat pour l'introduction et la marche du procès pénal. De tels moyens de contrainte ne sont usités que discrètement dans l'action privée; car celle-ci, même parvenue à son complet développement, accuse toujours qu'elle est issue d'une instance arbitrale : elle ne débute en principe que par des sommations que s'adressent les deux parties et laisse à la discrétion du demandeur le soin, si la citation à comparaître ne suffit pas, d'assurer par son initiative personnelle la coopération du défendeur au procès en s'emparant de lui. Lorsque le magistrat intervient ici, il le fait de la même manière pour les actions délictuelles et pour les actions non délictuelles, de telle façon que nous pouvons renvoyer pour ce point à la procédure civile. Par contre, la notion de procédure pénale publique, qu'il s'agisse de la vieille procédure relevant exclusivement du magistrat, de celle des magistrats et des comices ou de celle de la *cognitio,* renferme en elle-même l'idée d'une direction unilatérale exercée par le magistrat et cette conception s'étend même à la procédure avec accusation en ce sens que cette dernière connaît une double forme d'introduction du

procès : la sommation faite par le particulier et la citation à comparaître émanée du magistrat. Ces deux formes, dont la dernière a une importance tout à fait prépondérante en pratique, seront, quant à leur application au procès avec accusation, traitées en détail dans le Livre suivant. Ici, nous exposerons d'une manière générale les pouvoirs qui appartiennent au magistrat pour l'introduction et la marche de la procédure pénale publique. Les moyens à sa disposition dans ce but sont : (324)
la citation personnelle (*vocatio*), l'adduction devant le tribunal par voie de contrainte au moyen de la préhension (*prehensio*) et plus tard à la suite de recherches (*requisitio*) ; l'arrestation et éventuellement la constitution de cautions pour garantir la comparution en justice (*praedes vades*) ; la citation non personnelle notamment par voie d'édits ; enfin les mesures pour provoquer le procès pénal contre l'absent et en assurer la marche.

Citation personnelle.

1. La citation à comparaître devant le magistrat adressée à celui qui est soupçonné d'un crime ou en est accusé n'est pas une institution du droit pénal, ni même de la procédure en général ; elle est le pouvoir général du détenteur d'*imperium* de donner l'ordre à toute personne soumise à sa puissance de comparaître personnellement devant lui (1.) Ce pouvoir s'exerce dans le procès pénal vis-à-vis des témoins et vis-à-vis de l'accusé et il arrive fréquemment au début du procès que le magistrat en fasse usage sans prévoir avec certitude les conséquences juridiques de sa citation. Celle-ci se nomme l'appel, *vocatio*, parce que cette terminologie a pour point de départ l'organisation peu complexe de la société romaine primitive où les ordres de ce genre étaient, dans le territoire de la ville, communiqués oralement par des messagers du magistrat ; mais le caractère juridique de l'institution ne se modifie pas, lorsque la citation est adressée comme *evocatio* dans un endroit plus

(1) Sur l'importance de la *vocatio* en droit public, cpr. *St. R.*, 1, 145 [*Dr. publ.*, 1, 166]. La *vocatio* du magistrat oblige toujours celui auquel elle s'adresse, l'*in jus vocatio* du particulier n'oblige, comme l'indique l'addition *in jus*, que lorsqu'elle est faite pour introduire une instance.

éloigné et transmise par des organes intermédiaires (1). C'est un acte administratif que le magistrat règle à son gré, mais dans lequel il faut nécessairement une fixation du lieu et du temps de la comparution. Il peut ou ordonner une comparution immédiate devant le magistrat ou fixer un terme plus éloigné pour la comparution. Cette dernière manière de faire est, comme nous l'avons déjà signalé (p. 188), requise pour la procédure des magistrats et des comices où l'ouverture du procès est précisément désignée comme une fixation de terme (*diem dicere*) et la continuation du procès à intervalles prescrits comme fixation d'un autre terme (*diem prodicere*). Bien entendu, l'ordre doit demander une chose possible; par conséquent, s'il est adressé à une personne qui n'est pas actuellement au siège du tribunal, il faut pour la fixation du terme de la comparution tenir un compte suffisant de l'éloignement (2.) Toutefois il n'y a pas ici d'autre règle que le bon plaisir du
(325) magistrat. Dans la dernière période, il est cependant question de prescriptions fixant des délais pour les citations adressées au loin (3) : d'après une constitution de Théodose I de 380, on doit accorder normalement dans ce cas à la personne citée un délai de 30 jours avant le commencement de son voyage pour

---

(1) *Evocare* est uniquement augmentatif et est employé non pas exclusivement, mais ordinairement, lorsque la personne citée doit faire non pas une simple marche, mais un voyage pour venir au tribunal. Cicéron, *Verr.*, l. 1, 33, 84 : *eos homines... consulum litteris evocandos curare oportuit. Ibid.*, c. 10, 27. c. 33, 85. Cicéron, *Pro Dejot.*, 5, 13. Pline, *Ep.*, 2, 11, 5.

(2) L'édit consulaire mentionné par Tite-Live, 39, 17, se rapporte aux procès des bacchanales, qui relèvent tout d'abord exclusivement des magistrats (mais qui peuvent éventuellement se dérouler suivant la procédure des magistrats et des comices) : *indici praemium proposuerunt, si quis quem ad se deduxisset nomenve absentis detulisset; qui nominatus profugisset, diem certam se finituros. ad quam nisi citatus respondisset, absens damnaretur; si quis eorum, qui tum extra terram Italiam essent, nominaretur, ei laxiorem diem daturos, si venire ad causam dicendam vellet.* La *lex Julia de vi* (*Dig.*, 48, 6, 8) vise des citations de ce genre : *lege Julia de vi publica cavetur, ne quis reum vinciat impediatve, quo minus Romae intra certum tempus adsit.*

(3) Justin obtient de l'empereur Antonin le Pieux un délai de ce genre pour une femme citée en justice à raison de sa qualité de chrétienne (Justin. *Apol.*, 2. 9).

lui donner la possibilité de mettre ses affaires en ordre (1). Du reste la citation n'est, à l'époque ancienne et encore moins à l'époque récente, soumise à aucune forme ; les lois laissent à cet égard pleine liberté au magistrat.

2. Lorsque la personne citée par le magistrat contrevient à cet ordre, on emploie contre elle des moyens de coercition ; elle est notamment saisie par les appariteurs du magistrat et conduite devant lui, si celui-ci est un détenteur d'*imperium* ou un tribun du peuple. De même si la personne citée ne comparaît pas au jour et à l'heure fixés, la citation est renouvelée et appuyée par des moyens de coercition. Cette procédure elle-même ne rentre pas à proprement parler dans la procédure pénale, elle est une application du pouvoir qui appartient d'une manière générale au magistrat contre la personne qui lui désobéit ; les instructions et les ordres ont été permis à toute époque aux autorités subordonnées et aux autorités coordonnées et toutes deux ont recouru à ces mesures lorsque les circonstances les y poussaient (2). *Prehensio.*

Rentre dans le domaine du droit pénal le nouveau délit créé, semble-t-il, sous l'influence croissante de la fiscalité, vers l'époque de Septime Sévère et consistant dans le défaut de comparution au procès criminel. La condition requise pour que ce délit existe est le défaut de l'accusé non pas à la suite d'une citation ordinaire, mais à la suite d'une citation plus rigoureuse. Celui qui, cité comme accusé criminel par le tribu- (326) Réquisition.

---

(1) *C. Th.*, 9, 2, 3 (cpr. 6) = *C. Just.*, 9, 3, 2 (modifié en ce sens qu'on admet une prolongation de délai). C'est en s'appuyant sur cette loi qu'Augustin (*Ep.*, 113. 114. 115 vol. 2 p. 325) demande si l'appariteur du gouverneur qui emmène un accusé a donné auparavant à ce dernier l'occasion de déclarer devant l'autorité municipale et de faire prendre acte (*apud acta municipalia*) qu'il veut faire usage de ce délai.

(2) P. 54. Nous trouvons une application de ce droit dans Cicéron, *Verr.*, l. 2, 38, 92. *Sthenium... posteaquam vidit non adesse... coepit Venerios in domum Sthenii mittere, equites circum agros ejus villasque dimittere.* Les magistrats, dont la coercition se restreint à la faculté de prononcer des amendes et de saisir des gages, n'ont pas ce droit. La *manus injectio* du droit privé est par rapport à cette *prehensio* ce que l'*in jus vocatio* des particuliers est par rapport à la *vocatio* des magistrats.

nal compétent au moyen d'un mandat de recherche adressé aux autorités compétentes de l'empire et de la cité et en outre au moyen d'affiches publiques, ne répond pas à cet appel, se voit porté dans la liste des « recherchés » (*requirendi*) (1) ; son patrimoine est saisi et si le recherché ne se présente pas ou ne justifie pas son défaut dans le délai d'un an à partir du jour de cette citation rigoureuse, ce même patrimoine est confisqué par le fisc, sans que du reste cette mesure ait aucune influence sur la solution de l'affaire pénale à l'occasion de laquelle la procédure de recherche a été organisée (2.)

Prison préventive.

3. Celui qui, cité comme accusé dans un procès pénal public, comparait devant le magistrat ou est amené par force devant lui, peut, d'après l'ancien droit, être mis en prison préventive par ce magistrat. Il est même permis de se demander, si dans l'ancien droit la détention préventive n'a pas été la règle pour tous les délits. La faculté qui appartient au plaideur dans l'action privée de procéder formellement à des mesures de contrainte matérielle pour introduire l'instance et la question voisine, mais non résolue, de savoir si celui qui à la suite d'une accusation de vol est amené devant le prêteur doit être remis en liberté jusqu'à la condamnation, de même que l'autre question également non tranchée de savoir ce qui a lieu en cas de non prestation des cautions de comparution du droit privé et même la désignation de l'acquittement en général comme « absolution » (3) rendent vraisemblable la conjecture d'après

(1) *Dig.*, 48, 3, 6. 7. tit. 17. 49, 14, 1, 3. *Cod.*, 9, 2, 6. *Nov.*, 17 c. 17. 134, 5. Il est permis d'interjeter appel contre l'inscription sur cette liste (*Cod.*, 7, 66, 2). — La *requisitio* elle-même a toujours été possible ; seule, la peine particulière attachée au défaut semble être apparue plus tard, tandis que le magistrat était auparavant réduit aux moyens de la coercition, notamment à la prononciation d'amendes

(2) *Dig.*, 48, 17, 4, 2 : *in summa sciendum est nulla temporis praescriptione causae defensione summoveri eum, qui requirendus adnotatus est. C. Th.*, 9, 1, 2 = *C. Just.*, 9, 40, 2.

(3) *Absolvere* pourrait bien avoir désigné originairement la libération des fers (p. 2 n. 2). Quant à *obligare*, s'il est permis de donner étymologiquement à ce mot de formation récente un sens matériel, cela ne peut en tout cas s'entendre que de l'enchaînement qui attend le débiteur en cas de non paiement.

laquelle, dans l'action pénale privée, le préteur a pu originairement permettre au demandeur d'emmener l'accusé dans sa prison privée. En ce qui concerne le procès pénal public, il (327)
est probable qu'il a toujours été au début un procès capital; un tel accusé est donc rarement resté en liberté dans l'ancien droit. Du reste, si la détention préventive est considérée comme une institution d'application constante dans la procédure criminelle publique, cela peut être seulement entendu en ce sens que le magistrat a la faculté de l'ordonner dans chaque cas; mais on ne peut admettre que cette institution ait un caractère obligatoire; car l'arrestation — pour les modalités de laquelle nous renvoyons à la Section précédente — dépend comme toute coercition de l'arbitraire du magistrat. D'après les sources, la détention préventive semble dépendre dans le procès pénal public non seulement de l'arbitraire du juge répressif (1), mais aussi des magistrats investis du droit d'intercession, notamment des tribuns de la plèbe, qui peuvent sans plus de façon provoquer la mise en liberté de toute personne arrêtée et qui favorisent d'autant plus le maintien en liberté de l'accusé que celle-ci rend possible l'exil (p. 71) et que c'est là le principal moyen dont on se sert pour restreindre l'application de la peine de mort. Au début, ce maintien en liberté résulta de l'extension au procès pénal public du cautionnement de comparution (*vadimonium*) dont l'application paraît avoir été restreinte originairement à l'action privée (2);

Cautions de comparution.

(1) Il est conforme à la logique du droit que le juge répressif n'ait eu au début que le choix entre l'arrestation de l'accusé et son maintien en liberté sans exiger un cautionnement de comparution; et, d'après la tournure que prend le procès contre Caeso, dont nous allons parler immédiatement, il semble que la science romaine du droit ait admis ce principe. Mais même après l'apparition du cautionnement de comparution, le juge répressif pût le refuser. Tite-Live, 25, 4, pour l'année 542/212 : *tribuni plebis... rei capitalis diem Postumio dixerunt ac ni vades daret, prendi a viatore atque in carcerem duci jusserunt... singulis deinde* (aux complices) *rei capitalis diem dicere ac vades poscere coeperunt; primo non dantes, deinde etiam eos qui dare possent in carcerem coiciebant.*

(2) Ces cautions s'appellent *praedes* (= *praevides* de *praevidere*) *vades* (de *vadere*) chez Tite-Live, *Ep.*, 48, *vades publici*, chez le même, 3, 13 (p. 384 n. 1) parce qu'elles sont fournies à l'État (ce qui est aussi compris dans

d'après une très vieille légende, les magistrats patriciens ont,
(328) déjà avant le temps des décemvirs, été contraints par les tribuns de la plèbe d'accepter d'un accusé la prestation de cautions publiques (*praedes vades*) (1); les modalités de ce cautionnement auraient été arrêtées d'un commun accord avec les tribuns (2) et l'accusé aurait gardé sa liberté pendant le procès. La détention préventive pouvait d'ailleurs être écartée par le tribun même sans prestation de caution. On semble n'être pas allé plus loin avant l'époque des Gracques; cette intervention protectrice du tribun, renouvelée pour chaque cas particulier, a été ordinairement refusée aux criminels de droit commun (3) et pour eux, l'administration de la justice pénale au moins, est restée possible (4). Dans le dernier siècle de la

---

le sens de *praedes*), ailleurs simplement *vades*. Festus, p. 377 : *vadem* (mieux *vades*) *sponsorem significat datum in re capitali*. Plaute, *Pers.*, 289 = 2, 4, 3 : *utinam vades desint, in carcere ut sis*. Cicéron, *De re p.*, 2, 35, 61. La rédaction chez Tite-Live (p. 384 n. 1) porte à croire, ce qui en soi est vraisemblable, que le *vadimonium* de l'action privée est plus ancien. — Si en cas de défaut de l'accusé les cautions paient à l'État le montant de leur promesse, elles ont naturellement un recours contre le défaillant (Tite-Live 3, 13, 10).

(1) La faculté de fournir un cautionnement de comparution que, dans le procès de meurtre contre Caeso Quinctius en 293/461, les tribuns de la plèbe firent reconnaître à l'accusé malgré la volonté contraire de l'autorité répressive (Tite-Live, 3, 13. Denys, 10, 8), nous est indiquée dans les Annales comme le premier cas de ce genre : *hic primus vades publicos* (*publico* est une mauvaise correction) *dedit* (on employait auparavant comme synonyme : *pecuniam populo promitti*) et apparaît donc à titre de paradigme comme un droit du peuple arraché par lutte aux magistrats. De même l'un des décemvirs, homme équitable, permet dans un autre procès de meurtre à l'accusé de fournir caution, quoiqu'en l'absence de tribuns il n'ait pas pu y être contraint (Cicéron, *De re p.*, 2, 35, 61).

(2) Dans le procès de meurtre contre Caeso Quinctius dix citoyens promirent, avec l'assentiment des tribuns, chacun 3000 as.

(3) Lorsqu'après la bataille de Cannes on appelle sous les armes en leur promettant l'amnistie les criminels détenus (*capitalem fraudem ausi*, Tite-Live 23, 14, 3; *capitali crimine damnati* Val. Max., 7, 6, 1) et les prisonniers pour dettes et lorsqu'on forme avec eux un corps d'armée de 6000 hommes, il est vraisemblable qu'on pense ici aux individus qui sont dans la prison publique à titre de détention préventive ou en vue d'une exécution.

(4) L'intercession tribunicienne est refusée aux décemvirs injustes après leur chute (Tite-Live, 3, 56-58, où le récit a surtout pour objet de montrer que les adversaires de la liberté populaire implorent finalement pour eux l'intervention des tribuns) et dans un procès de date inconnue pour

République, la nouvelle procédure des *quaestiones* se développa; les préteurs qui dirigeaient ces tribunaux ont bien pu procéder à la citation en vertu de leur autorité de magistrat, mais le droit de mettre en prison préventive semble leur avoir fait défaut ; du moins, nous voyons les accusés garder leur liberté même dans la *quaestio* de meurtre (1). Enfin, vraisemblablement depuis C. Gracchus (2), certainement depuis la loi de César sur la violence (3), le citoyen a été légalement exempté de la détention préventive et du même coup le cautionnement de comparution a également disparu pour lui. En fait, il n'est plus question depuis lors pour les citoyens romains (4) ni de la détention préventive, ni du cautionnement de comparution. Ce

Exclusion de la détention préventive.

(329)

---

cause de pédérastie (Val. Max., 6, 1, 10). Il faut y ajouter les procès contre Postumius et ses complices, mentionnés p. 383 n. 1 et celui contre Q. Pleminius *ex vinculis* (Tite-Live 29, 19, 5. c. 21, 2. 3. 12. c. 22, 9). De même, dans le petit nombre des procès capitaux mentionnés comme s'étant déroulés au VII[e] siècle devant les comices (p. 201), l'intercession tribunicienne a dû être refusée. L'admission de la détention préventive dans le procès capital est, comme il est facile de le comprendre, considérée comme équivalant à la condamnation (Tite-Live, 3, 13, 4. c. 57, 5 : *pro damnato in vincula duci* ; Denys, 7, 26 : πρὸ δίκης).

(1) Lorsque Cicéron, *Pro Mur.*, 20, 42, désigne la *quaestio peculatus* comme *plena catenarum*, il vise vraisemblablement les esclaves publics qui jouaient, semble-t-il, un rôle important en cette matière.

(2) Le *judicio circumvenire* de la loi Sempronia sur le meurtre, dont il sera traité dans le Livre IV à propos du meurtre, embrasse vraisemblablement, à côté de l'exécution capitale accomplie en violation de la loi sur la provocation, la détention préventive. On peut invoquer en ce sens, d'une part, la formule de l'accusation élevée à l'occasion de la procédure suivie par le consul contre les Gracques (Tite-Live, *Ep.*, 61 : *L. Opimius accusatus apud populum... quod indemnatos cives in carcerem conjecisset, absolutus est*) et surtout, d'autre part, la déclaration de Cicéron (*In Cat.*, 4, 5) que l'incarcération des complices de Catilina, proposée par César, n'était pas moins contraire à la loi Sempronia que l'exécution capitale conseillée par la majorité du Sénat.

(3) La *lex Julia de vi* défend d'une manière générale au magistrat d'arrêter le citoyen romain, *in vincula duci* (Paul, 5, 26, 1), ce qui est aussi bien l'interdiction de la mise aux liens que celle de l'incarcération (p. 352 n. 3).

(4) Les derniers cas de prestation de cautionnement, qui nous soient connus pour la procédure pénale de la République, concernent des femmes : des empoisonneuses en 602/152 (Tite-Live, *Ep.*, 48), et des étrangers : procès de meurtre contre Bomilcar en 644/110, lequel fournit cinquante cautions (Salluste, *Jug.*, 35).

privilège des citoyens a encore été invoqué au début de l'empire dans les provinces à l'encontre des autorités municipales (1) et des officiers romains (2).

Rétablissement de la détention préventive sous le Principat.

Sous le Principat, la détention préventive et le cautionnement de comparution ont été rétablis pour le citoyen romain en supposant qu'ils soient jamais tombés en désuétude non seulement en droit, mais même en fait (3). Cette réforme se
(330) rattache peut-être à la loi déjà mentionnée de César, dont la clause qui laissait au magistrat le droit d'arrestation en cas de désobéissance et de désordre (4) pouvait, par voie d'interprétation extensive, être appliquée de cette manière. L'application effective de cette règle était inconciliable avec l'envoi à Rome de certains accusés, par exemple, des citoyens romains d'Ita-

---

(1) Paul (*Act. ap.*, 16) proteste en sa qualité de citoyen romain auprès des autorités de la colonie de Philippi tant contre les coups de verges que contre l'enchainement. Il est vrai que d'après la teneur même du récit il n'avait pas invoqué auparavant cette qualité. Ce récit et de même celui de la note suivante n'appartiennent pas à vrai dire aux parties authentiques (c'est-à-dire aux récits avec la formule « nous »), mais ont cependant pleine force probante quand au fond, car ils datent de l'époque de Trajan.

(2) Lorsque le tribun romain, investi du commandement à Jérusalem, fait enchaîner Paul et donne l'ordre de le fustiger, celui-ci invoque son droit de cité romaine (*Act. Ap.*, 22, 29) : καὶ ὁ χιλίαρχος δὲ ἐφοβήθη ἐπιγνοὺς ὅτι Ῥωμαῖός ἐστιν καὶ ὅτι αὐτὸν ἦν δεδεκώς. Il le retient alors prisonnier pour le protéger contre les Juifs.

(3) Nous n'avons aucune information sur ce point. Déjà dans le procès de Libo en l'an 16, la maison de l'accusé est occupée militairement pendant le procès (Tacite, *Ann.*, 2, 31). Il était bien conforme à la constitution d'Auguste que la détention préventive fût rétablie sans une modification formelle des lois par la seule voie de l'interprétation et de l'application des lois existantes. Mais à l'inverse on ne peut pas nier la possibilité d'une augmentation générale des pouvoirs des magistrats par des lois. Ce n'est peut-être pas un hasard que nos preuves pour l'application littérale de la *lex Julia* ne s'étendent qu'aux magistrats municipaux et aux officiers.

(4) Nous avons pour l'époque postérieure aux Gracques de nombreux exemples d'emprisonnement provoqué par des désobéissances et des désordres (Cicéron, *De l. agr.*, 2, 37, 10. *Ad Att.*, 2, 24, 3. Suétone, *Caes.*, 20. 79.*Tib.*, 11. Appien, 2, 108. Aulu-Gelle, 4, 10). L'incarcération infligée par Verrès à des citoyens romains pendant son gouvernement de Sicile est bien blâmée par Cicéron (*Verr.*, 5, 27. 55. 57), mais n'est jamais qualifiée de violation formelle de la loi. La *lex Julia* excepte expressément cet emprisonnement (cpr. p. 54 n. 4).

lie et des provinces soumis à une instruction à raison d'un
crime capital (1); la même remarque peut être faite pour le
rétablissement en fait de la peine de mort. Peut-être les pou-
voirs d'exception, supérieurs aux lois, des tribunaux suprê-
mes se sont-ils fait sentir ici; toutefois, nous ne pouvons pas
établir qu'il y ait eu à cet égard une diversité dans la compé-
tence des différentes autorités répressives et il nous semble
bien plutôt que le droit de mettre en prison est, sous le Princi-
pat, généralement contenu dans le droit de punir et que vrai-
semblablement il appartient à cette époque, dans certains cas,
même au directeur de la *quaestio* (2). L'exercice de ce droit
n'est pas au fond essentiellement différent de celui qui en était
fait autrefois. Seule la détention en vue de l'exécution capitale,
dont il est traité dans le Livre V, est légalement prescrite; il
n'en est pas de même de la détention préventive. En effet, en
cas de citation à comparaître à un jour fixé, le juge répressif
peut à son gré ou ne pas prescrire la détention (3), ce qui
n'est pas défendu même en cas de procès capital (4), ou ad-
mettre un cautionnement — qui maintenant n'est plus ap- (331)
pelé *vadimonium*, mais *satisdatio* ou *fidejussio* — garantis-
sant la comparution au terme fixé (5), et auquel peut

(1) Paul ne proteste ni contre l'incarcération militaire et l'enchaînement dans le prétoire (*Act. ap.*, 23, 35. 24, 23. 27) ni contre son envoi à Rome, enchaîné et sous escorte militaire (*Act.*, 25, 27. 27, 1).

(2) Les affaires criminelles de la ville de Rome pour lesquelles la détention préventive est indiquée vont plutôt au préfet de la ville.

(3) Ulpien, *Dig.*, 48, 3, 1 : *de custodia reorum proconsul aestimare solet, utrum in carcerem recipienda sit persona an militi tradenda* (cpr. p. 372 n. 2) *vel fidejussoribus committenda vel etiam sibi.*

(4) En cas d'action capitale, l'emprisonnement est plus tard la règle; chez Eunape (*Vita Juliani*, p. 69, Boissonade) le proconsul d'Achaïe fait amener devant lui les accusés ἅπαντας δεσμώτας ὥσπερ τοὺς ἐπὶ φόνῳ κατακεκλεισμένους. Mais le maintien en liberté moyennant caution (Dioclétien, *Cod.*, 7, 62, 6, 3) et même sans caution (*Dig.*, 2, 11, 4, 1) est également possible ici.

(5) *Dig.*, 48, 3, 3. 4. tit. 21, 3, 7. *Cod.*, 7, 62, 12. 8, 40. 26. Libanius, Περὶ δεσμωτῶν, 2, p. 440, Reiske. Le montant du cautionnement est ou bien fixé par l'usage du pays, ou arrêté par un accord de volontés lors de la réception des cautions, ou déterminé par le juge répressif lors de l'échéance du cautionnement, si aucun des deux premiers moyens de fixation ne fonctionne. Le titre égyptien rédigé par un vétéran romain (*Berl.*

probablement s'adjoindre une détention privée (1), ou enfin ordonner l'internement dans la prison publique. Le magistrat détermine également à son gré les modalités tant du cautionnement que de la détention. Evidemment il doit tenir compte à cet égard, d'une part, de la gravité de l'accusation, d'autre part, de la personnalité de l'accusé (2). On témoigne plus d'égards aux personnes de condition (3) et aux femmes (4); les esclaves doivent être maintenus en détention préventive, si leur maître ne prend pas à sa charge le cautionnement de comparu-
(332) tion (5). Plus tard, le cautionnement et la détention préventive

---

griech. Urk., 2, n. 581) est ainsi conçu : (nom) ὀμνύω τὸν ἔθιμον Ῥωμαίων ὅρκον ἑκουσίως καὶ αὐθαιρέτως ἐγγυᾶσθαι Σωκράτην (le fils d'un romain) μονῆς καὶ ἐμφανείας, ὅν καὶ παραστήσω ὁπότε ἐ[ὰν ἀν]αζητῆται· ἐὰν δὲ μὴ εὑρίσ[κηται]..., ἐμβιβάσω τὰ πρὸς [αὐτὸ]ν ἐπιζη[τούμ]ενα (= *exequar quae ab eo requirentur*) ἤ ἔνοχος [εἴην, cpr. n. 649] τῷ ὅ[ρκῳ]. On trouve chez Grenfell-Hunt, *Greek papyri*, ser. 2, n. 62. 79, deux autres titres rédigés à peu près selon le même formulaire. On rencontre le même cautionnement de comparution, conçu d'une manière un peu différente, dans un titre de 346 (*Greek pap. of the Br. Mus.*, 2, p. 277). — Si la personne cautionnée fait défaut au jour fixé pour la comparution, les garants n'ont pas à supporter d'autre préjudice que le paiement du cautionnement, à moins qu'ils n'aient favorisé le défaut de cette personne (*Dig.*, 48, 3, 4).

(1) La détention privée ordonnée par le magistrat (p. 357) et l'admission par le magistrat du cautionnement de comparution ont dû se fondre pratiquement l'une dans l'autre; car, d'une part, on n'a pu admettre que dans certaines limites l'obligation pour les particuliers de se charger de détenir quelqu'un et, d'autre part, on n'a pas pu défendre à la caution de comparution de prendre certaines mesures de sûreté contre la personne cautionnée. Chez Suétone (*Vit.*, 2, cpr. Tacite, *Ann.*, 5, 8), la détention privée dont s'est chargé un frère est désignée comme prestation de cautionnement et lorsque le préfet de la Ville, Symmaque, remet aux cautions un témoin suspect (*Ep.*, 10, 23, 10 : *ut Felix vadibus... traderetur*), ce cautionnement de comparution ressemble tant à la détention privée qu'on peut les confondre.

(2) Ulpien après les paroles citées p. 387 n. 3 : *hoc autem vel pro criminis quod obicitur qualitate vel propter honorem aut propter amplissimas facultates vel pro innocentia personae vel pro dignitate ejus qui accusatur facere solet.*

(3) L'empereur Julien (*Cod. Th.*, 9, 2, 1) a, semble-t-il, exémpté une fois pour toutes les sénateurs de la détention préventive, eu égard à cette considération que l'empereur lui-même se regarde comme appartenant au Sénat. D'après une constitution de Zénon (*Cod.*, 12, 1, 17), il suffit dans la procédure d'accusation, pour les personnes de la première classe, qu'elles prêtent le serment de comparaître.

(4) *Nov.*, 134, c. 7. Cpr. p. 356 n. 4.

(5) *Dig.*, 48, 3, 2.

ont été, dans la procédure avec accusation, étendus à l'accusateur (1); il y a eu là une conséquence logique de la forme postérieure qu'a revêtue la procédure de *calumnia* et d'après laquelle, comme nous le montrerons dans la Section relative à cette matière, tout accusateur est soumis à une contre accusation du même genre que l'accusation qu'il a faite.

Citation par voie d'édits.

Quoique la citation appartienne aux éléments essentiels de la procédure pénale, les Romains l'envisagent moins au point de vue de sa réception par l'accusé cité qu'au point de vue de sa réalisation par le magistrat qui cite. Dans la procédure des magistrats et des comices, la plus rigoureusement réglementée de toutes, il suffit qu'au jour de la décision, avant le vote du peuple, le signal du cor soit donné devant la maison de l'accusé, fût-il même absent (2). Dans la procédure ordinaire, l'avertissement par messager ou par des autorités intermédiaires est le procédé le plus fréquent, mais en droit la citation par proclamation publique ou par affiche publique est suffisante pour les présents et les absents avec cette seule différence déjà mentionnée qu'en cas d'absence de la personne citée le délai de comparution doit être convenablement augmenté (3). La conception romaine, d'après laquelle chacun doit connaître le droit existant et n'est pas juridiquement couvert par son ignorance (p. 106 et sv.), s'étend aussi aux actes de ce genre, avec cette réserve toute naturelle que le magistrat peut dans tel ou tel cas concret admettre une exception et accorder la *restitutio*. Sous le Principat, lorsque la citation par voie d'édits fût, en droit civil, substistuée à l'assignation

(1) *Dig.*, 48, 2, 7, 1. *C. Th.*, 9, 1, 19 = *C. Just.*, 9, 2, 17. *C. Just.*, 9, 1, 3. tit., 4, 6. tit., 45, 1. 2.

(2) Le *cornicen* doit être envoyé *ad privati januam* (Varron, 6, 90) et sonner du cor *ante privati hujusce* (suit le nom) *scelerosi ostium* (Varron, 6, 91). C. Gracchus (chez Plutarque, 3) : πάτριόν ἐστιν ἡμῖν, εἴ τις ἔχων δίκην θανατικὴν μὴ ὑπακούει (= *non respondet*), τούτου πρὸς τὰς θύρας ἕωθεν ἐλθόντα σαλπιγκτὴν ἀνακαλεῖσθαι τῇ σάλπιγγι καὶ μὴ πρότερον ἐπιφέρειν ψῆφον αὐτῷ τοὺς δικαστάς.

(3) Notamment la procédure suivie dans le procès des Bacchanales (p. 380 n. 2) montre jusqu'où vont les pouvoirs du magistrat à cet égard.

personnelle (1), la forme ordinaire de la triple citation établie dans ce but fût étendue à la procédure pénale (2).

(333) **Procédure pénale contre l'absent.**

5. De ce qui précède résulte la conséquence que le procès pénal public suit son cours contre l'absent dès l'instant où la citation a eu lieu suivant les formes légales, que cette citation ait été remise entre les mains de l'accusé ou ait eu lieu par affiche publique, que la personne citée ait eu ou non connaissance à temps de la citation : la procédure pénale publique ne connaît que la citation et non pas la *litis contestatio* du droit civil. Mais ce principe subit des restrictions importantes dans son application pratique. La procédure pénale reste toujours suspecte et odieuse, lorsque la défense en est exclue ou y est entravée (3), même lorsque cette exclusion résulte de la faute de la personne citée et même lorsque celle-ci renonce à la défense. Ces scrupules augmentent avec la gravité de la peine. Pour la peine de mort, il faut en outre remarquer que s'il n'est pas injuste, il est du moins inopportun, de prononcer une peine dont l'exécution n'est pas certaine. Celle-ci est au contraire toujours assurée en cas de peines

---

(1) Tandis que le droit pénal public admet en principe le procès contre l'absent, celui-ci est, comme on sait, exclu de la vieille procédure civile, ainsi que l'indique déjà l'emploi du terme grec *eremodicium* pour désigner la procédure par défaut (Ulpien, *Dig.*, 4, 4, 7, 12. 46, 7, 13, *pr.*) Dans les gloses gréco-latines (2, 314, Götz) ἐρημοδίκιον est rendu par *eremodicium*.

(2) Ulpien (p. 393 n. 3) exige, pour la procédure par défaut dans le procès pénal, des citations plus fréquentes (*saepius admoniti*) et le texte altéré de Papinien, *Dig.*, 48, 1, 10 : *nec per triduum per singulos dies ter citatus reus damnetur vel de accusatoris absentis praesente reo calumnia pronuntietur* confirme, ce qui va d'ailleurs de soi, que la citation par voie d'édits fut traitée de cette manière dans cette procédure.

(3) Οὐκ ἔστιν ἔθος Ῥωμαίοις, dit le magistrat romain aux Juifs (*Act. ap.*, 25, 16), χαρίζεσταί τινα ἄνθρωπον, πρὶν ἢ ὁ κατηγορούμενος κατὰ προσώπου ἔχοι τοὺς κατηγόρους τόπον τε ἀπολογίας λάβοι περὶ τοῦ ἐγκλήματος. On trouve fréquemment des remarques analogues. On peut citer comme caractéristique en ce sens la procédure suivie lors de la loi Marcia de 582/172, qui anticipait sur les *questiones* extraordinaires de l'époque postérieure (Tite-Live, 42, 22. Cpr. p. 199 n. 1). Lorsque le magistrat visé par cette loi cherche à faire échouer le procès en ne comparaissant pas, le tribun du peuple le menace d'un second plébiscite : *ut si non ante idus Nov. in urbem Romam introisset, de absente eo C. Licinius statueret ac judicaret.* Une telle sentence ne pouvait donc avoir lieu sans un vote spécial du peuple.

pécuniaires; car ces dernières aboutissent finalement à la faillite que le condamné ne peut pas empêcher. Il n'y aura donc ordinairement de condamnation à mort que si l'accusé se trouve en détention préventive. Ainsi s'explique, d'une part, qu'abstraction faite des procès se terminant par l'*exilium* de l'accusé et par l'interdiction — qui renferme d'ailleurs en elle une condamnation à mort conditionnelle — il n'y a pour ainsi dire pas de témoignages établissant que des condamna- (334)
tions à mort aient été prononcées contre des absents dans la procédure des magistrats et des comices (1), et d'autre part que la condamnation capitale même d'un provincial absent fût considérée à la fin de la République comme un mauvais usage fait par le magistrat de ses pouvoirs (2). Dans le procès d'interdiction de Sylla, la condamnation de l'absent est juridi-

(1) Pendant les troubles de l'époque de Cinna un détenteur d'*imperium*, cité à comparaître par le tribun du peuple, ne se présente pas; on lui enlève sa charge, ce que Cicéron (*De domo*, 31, 83) qualifie de *poena legitima*. La nature du procès est incertaine; peut-être se fonde-t-il sur la perduellion et enlève-t-il l'*imperium* en même temps que le droit de cité et par voie de conséquence. De même, les procès mentionnés chez Denys, 5, 13, contre les partisans expulsés des Tarquins, en outre les proscriptions de Sylla et des triumvirs et la cour martiale consulaire-sénatoriale (p. 298) confirment que la procédure capitale contre l'absent, pût-elle même être considérée comme légale, a du moins été exceptionnelle.

(2) Lorsque Verrès pendant son gouvernement de Sicile (Cicéron, *Verr.*, 2, 38-42. c. 44, 109. 4, 9, 41), accepte un procès capital contre un provincial séjournant à Rome — juridiquement comme *cognitio*, mais dans la forme de la procédure accusatoire — et cite l'accusé à comparaître à Syracuse en lui donnant un délai suffisant et lorsque l'accusé, ayant manifestement connaissance de la citation, fait défaut au terme fixé et est condamné quoiqu'absent, le magistrat se défend en disant : *recipi nomen absentis licet, hoc fieri in provincia nulla lex vetat* (*loc. cit.*, 2, 42, 101), et Cicéron présente cette réponse comme formellement exacte. Là dessus les provinciaux adressent une pétition au Sénat, *ne absentes homines in provinciis rei fierent rerum capitalium* (*loc. cit.*, 2, 39, 95). Cette démarche montre que le procès capital contre l'absent est juridiquement permis, mais odieux. Nous devrons nous garder d'adopter la conclusion que l'avocat n'exprime pas, mais semble laisser entrevoir, d'après laquelle la procédure capitale n'était pas admise à Rome contre l'absent. Nous en avons pour principale raison qu'il n'y avait plus alors à Rome de véritables procès capitaux. Dans la procédure d'interdiction, si on veut la considérer comme capitale, la condamnation de l'absent est certainement permise.

quement indispensable; elle est, en cas de défaut de l'accusé, le seul moyen de terminer le procès et a fréquemment lieu en fait (1). Mais même ici elle est dans certains cas choquante. Lorsque dans des procès plus ou moins politiques, comme dans les accusations auxquelles donnent lieu la conju-
(335) ration de Catilina (2), le meurtre de Clodius (3) et spécialement le meurtre de César (4), les accusés renoncent à se défendre, ce fait est toujours blâmé, et si quelque chose peut justifier cette rescission de condamnations criminelles passées en force de chose jugée, que les Romains considèrent comme une perturbation dans l'État, c'est précisément le fait qu'elles ont été prononcées contre des accusés absents (5).

Procédure par défaut sous le Principat.

Dans le système pénal modifié de l'époque impériale, après le rétablissement de la peine de mort, l'apparition des peines privatives de liberté et la substitution de la déportation destructive du droit de cité à l'interdiction, la procédure criminelle par défaut a reçu un caractère juridique positivement et négativement précis. Dans tout procès qui tend à la

---

(1) Dion, 54, 3 : ἐνομοθέτησε (*Augustus*) μήτε κρύφα τὰς ψήφους ἐν ταῖς ἐρήμοις δίκαις φέρεσθαι καὶ πάσαις αὐταῖς τον εὐθυνόμενον ἁλίσκεσθαι. Il est possible que cette dernière règle n'ait pas figuré dans la loi, mais en ait été simplement déduite. Ce texte se rapporte au procès des conjurateurs Fannius Caepio et Varro Murena qui furent condamnés quoiqu'absents dans une action de lèse-majesté (ἐρήμην ὡς καὶ φευξόμενοι ἥλωσαν). La peine de mort fut ici encourue vraisemblablement à raison d'une rupture de ban (cpr. Liv. V, Sect. 2).

(2) Dion, 37, 41.

(3) Asconius, *In mil.*, p. 54. 55 : *multi... et praesentes et cum citati non respondissent, damnati sunt*.

(4) Suétone, *Aug.*, 10 : *Brutum Cassiumque... legibus adgredi reosque caedis absentes deferre statuit*. Tite-Live, 120. Appien, *B. c.*, 3, 95. On conçoit qu'une pareille procédure, même complètement légale, appliquée à toute une série d'hommes de marque et que le silence qui suivait toute citation du héraut devaient faire une impression profonde que les écrivains postérieurs, sans aversion pour les derniers républicains, nous reproduisent.

(5) Lorsque Cicéron, *Phil.*, 2, 23, 56, déclare la restitution permise au regard de l'*absens in reos relatus*, il vise évidemment la restitution de César par opposition à la restitution plus étendue accordée par Antoine. César avait octroyé cette restitution (cpr. spécialement *B. c.*, 3, 1) au regard des condamnations pénales rendues à la suite du meurtre de Clodius et prononcées en grande partie contre des absents (n. 3).

privation de la vie, de la liberté et du droit de cité, le jugement ne peut ordinairement être prononcé qu'en présence de l'accusé (1). S'il est absent et ici, semble-t-il, on ne s'attache qu'au fait de l'absence et non à sa cause, la procédure est suspendue et il y a lieu à la *requisitio* précédemment indiquée (2). Pour les affaires pénales de moindre importance, la (336)
condamnation de l'absent reste possible (3). Nous devons laisser indécise la question de savoir dans quelle mesure les tribunaux de l'empire ont suivi ces règles directrices (4).

---

(1) Ulpien, *Dig.*, 48, 19, 5, *pr. : absentem in criminibus damnari non debere Trajanus Julio Frontoni rescripsit... si quid gravius inrogandum fuisset, puta in metallum vel capitis poenam, non esse absentibus inrogandam.* Paul, 5, 5, 8 : *in causa capitali absens nemo damnatur.* Marcien, *Dig.*, 48, 17, 1, *pr. : divi Severi et Antonini Magni rescriptum est, ne quis absens puniatur, et hoc jure utimur, ne absentes damnentur, neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur.*

(2) Caracalla, *Cod.*, 9, 40, 1 : *cum absenti reo gravia crimina intentantur, sententia festinari non solet, sed adnotari, ut requiratur, non utique ad poenam, sed ut potestas ei sit purgandi se, si potuerit.* Gordien, *Cod.*, 9, 2, 6 : *absentem capitali crimine accusari non posse, sed requirendum tantummodo adnotari solere, si desit, vetus jus est.*

(3) Ulpien, *Dig.*, 48, 19, 5, *pr.*, qui reconnait en principe la recevabilité de la procédure par défaut en matière pénale (*adversus contumaces, qui neque denuntiationibus neque edictis praesidum obtemperassent, etiam absentes pronuntiari oportet secundum morem privatorum judiciorum*) pose cette règle dans les termes suivants : *melius statuetur in absentes pecuniarias quidem poenas vel eas quae existimationem contingunt* (cpr. Liv. V, Sect. 1), *si saepius admoniti per contumaciam desint, statui posse et usque ad relegationem procedi.*

(4) La constitution d'Hadrien (*Dig.*, 48, 8, 4, 2), isolée dans son genre, relative à la castration : *qui hoc crimine tenentur, si non adfuerint, de absentibus quoque, tamquam lege Cornelia teneantur, pronuntiandum esse* paraît poser une exception qui s'explique peut-être par les circonstances particulières du cas visé. Une règle semblable est formulée pour des crimes graves de subalternes *C. Th.*, 9, 40, 14 = *C. Just.*, 9, 47, 21 (cpr. *C. Th.*, 11, 39, 7). — Des monstruosités, telles que Pline *Ep.*, 1, 11, 6, Dion 76, 8, Ammien 29, 3, 6 en rapportent, méritent à peine d'être mentionnées.

FIN DU TOME PREMIER

TABLE DES MATIÈRES

DU TOME PREMIER

LIVRE I

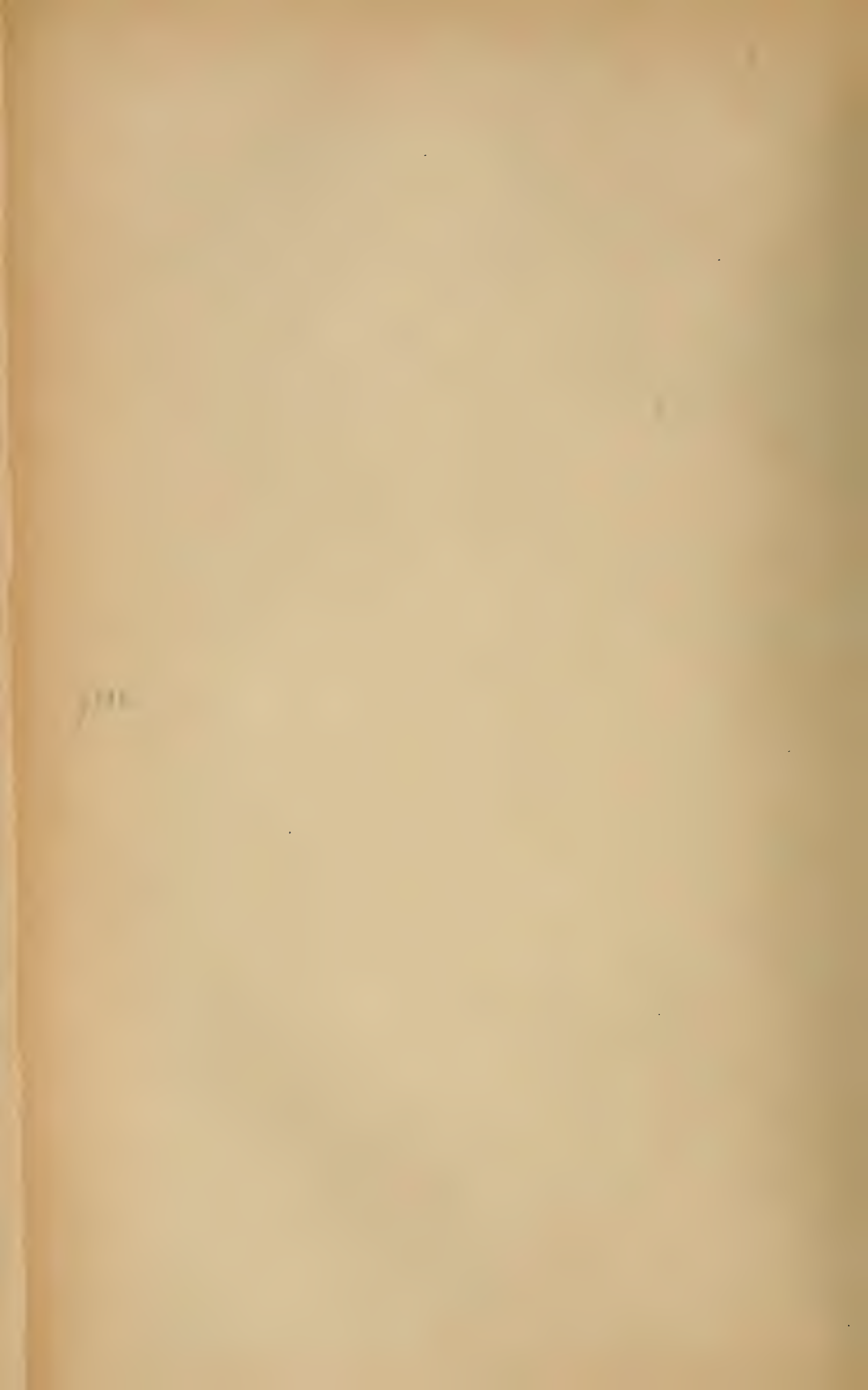
ESSENCE ET LIMITES DU DROIT PÉNAL

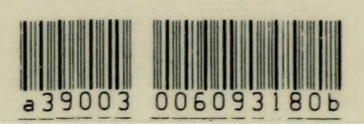
LIVRE II

LES AUTORITÉS RÉPRESSIVES

Pages.

Imprimerie Générale de Châtillon-sur-Seine. — A. PICHAT.




a39003 006093180b